

# CAPACITÉ ET POUVOIRS DE LA FEMME MARIÉE EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE

Étude de Droit privé comparé (Jurisprudence et pratique) consacrée plus  
spécialement à la femme exerçant une profession.

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Mardi 21 Décembre 1937, à 14 heures

PAR

**Renée NILLUS**

---

**MEMBRES DU JURY :**

Président : M. NIBOYET

|               |   |                  |                |
|---------------|---|------------------|----------------|
| Suffragants : | { | MM. LÉVY-ULLMANN | } Professeurs. |
|               |   | ESCARRA          |                |

---

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C<sup>ie</sup>

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

---

1937





## ERRATA

---

- Page 3, *lire* : ligne 3, 1861 ; *au lieu de* : 181.  
— *lire* : ligne 9, Arch ; *au lieu de* : Art.  
Page 5, *lire* : ligne 21 et 22, Obersten Gerichte ; *au lieu de* : Oberlandes gerichte.  
— *lire* : ligne 27, WarnRspr. ; *au lieu de* : WanRspr.  
— ligne 33, *ajouter après* 1924 : rédaction de 1933.  
Page 23, *lire* : ligne 6, parque ; *au lieu de* : parce que.  
Page 25, *lire* : ligne 19, art. 5 ; *au lieu de* : art. 6.  
— *lire* : ligne 20, art. 13 ; *au lieu de* : art. 17.  
— *lire* : ligne 26, art. 299 al. 2 ; *au lieu de* : art. 2.  
Page 27, *lire* : En cas de décès du père, l'autorité parentale appartient complètement à la mère § 1684 BGB.) ; *au lieu des* : L. 14 et 15.  
Page 31, *lire* : ligne 3, pouvoir ; *au lieu de* : devoir.  
Page 42, *lire* : ligne 6, attaquer (anfechten) plus facilement (5) que d'autres les donations entre conjoints pour éviter la fraude — (*supprimer* la référence au BGB. qui est erronée).  
Page 64, *lire* : ligne 14, 1459 ; *au lieu de* : 1460.  
Page 65, *lire* : ligne 12, § 123 ; *au lieu de* : § 122.  
Page 162, *lire* : ligne 4, ...en tenant compte tant du mandat...  
Page 165, *lire* : ligne 7, art. 2004 ; *au lieu de* : art. 1758.  
Page 206, *lire* : ligne 24, § 1395 ; *au lieu de* : § 1399.  
Page 218, *lire* : ligne 16, § 1369 ; *au lieu de* : § 1368.  
Page 240, *lire* : ligne 4, § 1358 ; *au lieu de* : § 1538.  
Page 247, *lire* : note 19, p. 119 ; *au lieu de* : 169.  
Page 311, ligne 5, la référence à l'art. 1395 C. Civ. doit être reportée à la ligne 7.  
Page 317, *lire* : ligne 16, ...d'autre nature... ; *au lieu de* : contre nature.  
Page 368, *lire* : telles que MM. Capitant, Lévy Ullmann...











THÈSE  
POUR LE DOCTORAT





# CAPACITÉ ET POUVOIRS DE LA FEMME MARIÉE EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE

Étude de Droit privé comparé (Jurisprudence et pratique) consacrée plus  
spécialement à la femme exerçant une profession.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Mardi 21 Décembre 1937, à 14 heures

PAR

**Renée NILLUS**

**MEMBRES DU JURY :**

Président : M. NIBOYET

|               |   |                  |   |              |
|---------------|---|------------------|---|--------------|
| Suffragants : | { | MM. LÉVY-ULLMANN | { | Professeurs. |
|               |   | ESCARRA          |   |              |

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C<sup>ie</sup>

ÉDITEURS

14. rue Soufflot et rue Toullier, 13

—  
1937

La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les  
thèses; ces opinions doivent être considérées  
comme propres à leurs auteurs.





A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE ET DE MON FRÈRE

A MON PÈRE





*Au seuil de cette étude, nous tenons à apporter le témoignage de notre reconnaissance à tous ceux qui ont facilité notre tâche.*

*Notre gratitude va d'abord à M. Niboyet, professeur à la Faculté de Droit de Paris, qui a bien voulu, à diverses reprises, nous donner des directives et nous aider de ses conseils. Grâce à M. Jourdan, directeur de l'Institut français de Berlin, nous avons pu mettre particulièrement à profit notre séjour dans cette ville.*

*Nous remercions sincèrement les éminents juristes allemands, professeurs honoraires qui nous ont réservé le plus charmant accueil : M. Walter Simons, ancien Président du Reichsgericht, dont nous déplorons aujourd'hui la disparition, M. Martin Wolff et M. Ernst Rabel, ancien directeur de l'« Institut für ausländisches und internationales Privatrecht » de Berlin.*

*Nous avons pu, grâce à d'aimables autorisations, avoir accès à la Bibliothèque de cet Institut ainsi qu'à celle du « Juristisches Seminar » de la Faculté de Droit de Berlin et à la « Preussische Staatsbibliothek ». Quelques renseignements nous ont été fort complaisamment communiqués à l'« Akademie für Deutsches Recht ».*

*Nous tenons encore à remercier tous les praticiens berlinois et français qui ont bien voulu compléter notre documentation, particulièrement les services contentieux de plusieurs grandes Banques. Enfin, nous ne voulons pas oublier deux de nos camarades, M<sup>lle</sup> Yvonne Marx, assistante à l'Institut de Droit Comparé de Paris, et M. Hans Abraham, ancien Referendar, licencié en Droit qui, grâce à leur connaissance approfondie du droit allemand, nous ont été de précieux auxiliaires.*



## LISTE DES ABREVIATIONS EMPLOYEES

---

|                           |                                                                                    |
|---------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| ABGB.                     | <i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für Österreich</i><br>(C. Civ. autrichien). |
| ADHGB.                    | <i>Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 181.</i>                             |
| AGG.                      | <i>Arbeitsgerichtsgesetz.</i>                                                      |
| Ann.                      | <i>annotation.</i>                                                                 |
| Ann. Inst. Dt. comp.      | <i>Annales de l'Institut de droit comparé (de Paris).</i>                          |
| Ann. législ. étr.         | <i>Annuaire de législation étrangère.</i>                                          |
| Arch. für bürgerl. Recht. | <i>Archiv für bürgerliches Recht.</i>                                              |
| Art. f. Ziv. Prax.        | <i>Archiv für die Zivilistische Praxis.</i>                                        |
| ATF.                      | <i>Arrêts du Tribunal fédéral (Suisse).</i>                                        |
| Bay. RpfZ.                | <i>Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.</i>                                     |
| Bd.                       | <i>Band (tome).</i>                                                                |
| BGB.                      | <i>Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand).</i>                              |
| Bl. f. Rechtspf.          | <i>Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.</i>                      |
| Bull. Sté Et. législ.     | <i>Bulletin de la Société d'études législatives.</i>                               |
| Bull. Sté Lég. comp.      | <i>Bulletin de la Société de législation comparée.</i>                             |
| BürgArch.                 | <i>Archiv für bürgerliches Recht.</i>                                              |
| C. civ.                   | <i>Code civil (français).</i>                                                      |
| C. civ. it.               | <i>Code civil italien.</i>                                                         |
| CCS.                      | <i>Code civil suisse.</i>                                                          |
| C. du Travail.            | <i>Code du Travail.</i>                                                            |
| D. ou D. P.               | <i>Dalloz périodique.</i>                                                          |
| D. H. ou D. hebd.         | <i>Dalloz hebdomadaire.</i>                                                        |
| DJZ.                      | <i>Deutsche Juristenzeitung.</i>                                                   |
| DNotV.                    | <i>Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.</i>                                     |



|                         |                                                                                        |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| EG.                     | <i>Eingebrachtes Gut.</i>                                                              |
| EGBGB.                  | <i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch<br/>(loi d'introduction du BGB.).</i> |
| Gruchot                 | <i>Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen<br/>Rechts.</i>                     |
| HGB.                    | <i>Handelsgesetzbuch v. 10.V.1897 (Code de commerce<br/>allemand).</i>                 |
| hgg                     | <i>herausgegeben (publié).</i>                                                         |
| Houpin                  | <i>Houpin et Bosvieux.</i>                                                             |
| HRR.                    | <i>Höchst Richterliche Rechtsprechung.</i>                                             |
| Inf. soc. du B. I. T.   | <i>Informations sociales du Bureau International du<br/>Travail.</i>                   |
| Intr. gle               | <i>Introduction générale.</i>                                                          |
| J. O.                   | <i>Journal officiel de la République française.</i>                                    |
| J. S.                   | <i>Journal des Sociétés.</i>                                                           |
| JW.                     | <i>Juristische Wochenschrift.</i>                                                      |
| KFG.                    | <i>Kraftfahrzeuggesetz.</i>                                                            |
| KG.                     | <i>Kammergericht.</i>                                                                  |
| KGBL.                   | <i>Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammerge-<br/>richts.</i>                    |
| KGJ.                    | <i>Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts,<br/>etc.</i>                        |
| Komm.                   | <i>Kommentar.</i>                                                                      |
| Lehrb. des bürg Rechts. | <i>Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.</i>                                               |
| LG.                     | <i>Landgericht.</i>                                                                    |
| LZ.                     | <i>Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.</i>                                      |
| Mon. Lyon.              | <i>Moniteur judiciaire de Lyon.</i>                                                    |
| Mot.                    | <i>Motive (Motifs).</i>                                                                |
| NS.                     | <i>Nationalsozialistisch.</i>                                                          |
| OLG.                    | <i>Oberlandesgericht.</i>                                                              |
| OLGE.                   | <i>Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Zivil-<br/>recht).</i>                   |
| OVGE.                   | <i>Oberverwaltungsgerichtsentscheidungen.</i>                                          |
| Pand. fr.               | <i>Pandectes Françaises.</i>                                                           |

|                                                  |                                                                                            |
|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| Planck.                                          | <i>Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (en collaboration).</i>   |
| Planiol.                                         | <i>Planiol et Ripert, traité élémentaire de droit civil.</i>                               |
| Pl. et Ripert.                                   | <i>Planiol et Ripert, traité pratique de droit civil français.</i>                         |
| RABl.                                            | <i>Reichsarbeitsblatt.</i>                                                                 |
| RvgllHW. ou Rechtsvergl., Wörterbuch.            | <i>Rechtsvergleichendes Handwörterbuch de Schlegelberger.</i>                              |
| Revue critique.                                  | <i>Revue critique de législation et de jurisprudence.</i>                                  |
| Rev. trim.                                       | <i>Revue trimestrielle de droit civil.</i>                                                 |
| RG.                                              | <i>Reichsgericht.</i>                                                                      |
| RGBl.                                            | <i>Reichsgesetzblatt.</i>                                                                  |
| RGR.                                             | <i>Reichsgerichtsräte-Kommentar.</i>                                                       |
| RGSt.                                            | <i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.</i>                                   |
| RG Warn.                                         | <i>Warneyers Rechtsprechung.</i>                                                           |
| RGZ.                                             | <i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.</i>                                   |
| RHaftpflG.                                       | <i>Reichshaftpflichtgesetz.</i>                                                            |
| RMGE.                                            | <i>Reichsmilitärgerichtsentscheidungen. . .</i>                                            |
| Rspr.                                            | <i>Rechtsprechung.</i>                                                                     |
| S.                                               | <i>Sirey.</i>                                                                              |
| SeuffArch.                                       | <i>Seufferts Archiv für Entscheidungen der Oberlandesgerichte in deutschen Staaten.</i>    |
| Seuff. Bl.                                       | <i>Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.</i>                                              |
| Staudinger.                                      | <i>Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz (en collaboration).</i> |
| Sup <sup>t</sup> Rép <sup>ert</sup> alph. Dalloz | <i>Supplément au répertoire alphabétique Dalloz.</i>                                       |
| WanRspr.                                         | <i>Warneyers Rechtsprechung.</i>                                                           |
| ZAkDR.                                           | <i>Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.</i>                                       |
| Zeitschr. f. Ausl. internat. Privatr.            | <i>Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.</i>                      |
| ZGB.                                             | <i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Code civil suisse).</i>                                |
| ZPO.                                             | <i>Zivilprozessordnung v. 30.1.1877 (remaniée en 1924). Code de procédure allemand,</i>    |





## INTRODUCTION

---

Dès le seuil de notre étude, une question se posait à nous : parmi les divers buts assignés au Droit comparé quel était celui que nous nous proposerions ?

Le Droit comparé est une science (ou un art) jeune et l'on discute encore sur ses caractères essentiels ; nous n'avons pas qualité pour prendre parti dans ce débat entre savants, mais force nous a été de prendre position pour imprimer une direction à notre travail.

Nous avons rejeté les systèmes qui ne voient dans cette science qu'une étude documentaire de droit étranger, sorte d'histoire du droit se projetant non plus dans le temps mais dans l'espace. Nous ne pensons pas non plus que le comparatiste doive se laisser si fort influencer par l'esprit étranger qu'il veuille à tout prix transplanter tel quel sur son sol natal le droit d'une nation dont le génie est si différent parfois de celui de sa propre patrie. Nous n'avons pas davantage en vue la formation d'un droit uniforme ; nous sommes, comme M. Niboyet, persuadée que les lois d'un pays doivent être en rapport avec les mœurs de ses habitants ; n'était-ce pas d'ailleurs déjà l'opinion de Montesquieu (1) ? Les lois doivent selon nous contribuer à donner

(1) *De l'esprit des lois*, livre I<sup>er</sup>, chapitre III : (les lois) « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre » (in Collection des Classiques Garnier, t. I, p. 6. Cf. livre XXX,

à un pays sa physionomie propre, cette physionomie qui lui permet de jouer sa partie dans le concert universel ; ce n'est pas de l'uniformité que naît l'harmonie, mais bien d'une certaine variété dans l'unité.

Notre étude permettra peut-être accessoirement de vérifier s'il existe dans les droits examinés ce fonds commun dont parlent Saleilles, M. Lambert et M. Lévy-Ullmann, ce droit commun législatif ; cependant nous n'avons pas eu directement en vue la construction d'un droit « supranational », pour employer la nouvelle expression de M. Lambert (2), car ce droit ne peut être encore, de l'aveu même du savant Professeur, qu'un idéal lointain ; nous croyons même que cet idéal, comme la Paneurope d'Aristide Briand, n'est encore qu'un beau rêve.

Nous avons donc adopté pour notre travail la conception que certains attribuent aux civilistes et que M. Niboyet préfère appeler la « conception culturelle » ; elle fait du Droit comparé une science accessoire du droit interne ; nous espérons suivre ainsi la voie tracée par Saleilles, par notre Maître et par M. Rouast (2<sup>a</sup>).

En rapprochant le droit français d'un droit étranger nous ne nous sommes pas proposé uniquement « l'éclairage indirect » dont parle M. Niboyet (3), nous avons cherché à mettre en lumière les avantages du droit étranger, à signaler aussi les écueils qu'il n'avait pu éviter, en vue de

ch. XVIII, t. II, p. 248. En ce sens, ESMEIN, in *Rev. trim. de dr. civ.*, 1<sup>er</sup> numéro.

(2) Edouard LAMBERT, in *Recueil... sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, t. III, pp. 469 et s.

(2<sup>a</sup>) Dans son *Cours de Droit comparé* qu'il a commencé de professer à la Faculté de Droit de Paris en 1932 sur la condition civile de la femme mariée en Droit comparé, cours interrompu par suite des circonstances. Cours polycopié, pp. 15 et 16.

(3) Dans son *Cours de Droit civil comparé* professé à la Faculté de Droit de Paris en 1933-1934.

travailler à l'amélioration de notre droit national quand elle est compatible avec ses institutions.

Si nous sommes d'avis, après notre Maître, que les Etats doivent avoir leur « protectionnisme juridique », nous croyons que l'autarchie (4) serait un facteur de stagnation, les échanges étant peut-être plus profitables encore dans la sphère des idées que dans le domaine matériel.

Nous estimons donc qu'un pays peut s'inspirer d'un droit étranger pour rectifier ses propres erreurs, non pas sous la forme d'une greffe législative, d'un emprunt massif fait au dehors, mais simplement sous forme d'une direction à suivre ; nous avons donc cherché à dégager, à la lumière du droit étranger, quelles étaient dans notre droit les tendances dont le développement devrait être favorisé, pour les rapprocher, un peu seulement, de l'idéal de perfection auquel les efforts humains ne peuvent jamais atteindre complètement. Nous pourrions donc tirer profit des expériences du passé qui nous permettraient, en guise de conclusion, de chercher dans quelle voie il est souhaitable de voir le législateur français s'engager pour l'avenir.

Pour être complet, un travail de Droit comparé devrait envisager plusieurs législations étrangères, du moins les plus importantes et celles qui sont relatives à des Nations arrivées au même stade de civilisation. Mais un tel travail n'est possible que lorsqu'il a été préparé par des études de détail ; c'est seulement une de ces modestes pierres que nous voulons apporter au grand édifice, le cadre d'une thèse ne permettant guère de confronter notre législation nationale qu'avec un seul droit étranger.

Parmi les législations étrangères, à laquelle devions-nous nous arrêter ? Ce choix était commandé par notre sujet : l'étude de la capacité et des pouvoirs de la femme mariée.

(4) A moins qu'on ne préfère dire autarcie.

étude qui nous a paru intéressante, étant donné l'actualité que la question présente en France depuis que le Sénat a adopté la première partie du projet René Renoult. Pourquoi donc notre choix s'est-il porté sur l'Allemagne ? Pour plusieurs raisons. Il nous est apparu d'abord qu'une comparaison, pour être fructueuse, ne doit pas rapprocher des termes ou trop semblables ou trop dissemblables ; le droit allemand répondait parfaitement à cette attente. Sans faire partie du groupe des législations latines, il n'était pas cependant radicalement différent du nôtre (4<sup>a</sup>), comme le serait le droit anglo-saxon et plus encore le droit soviétique.

Notre choix s'est porté sur l'Allemagne pour une autre raison encore et celle-ci nous a paru décisive ; c'est que le législateur de 1900 a précisément réalisé, en Allemagne, la réforme que se propose actuellement le législateur français, en voulant accorder à la femme mariée la pleine capacité sans changer toutefois les régimes matrimoniaux. Nous pouvions donc, en examinant les principes du BGB., toujours en vigueur aujourd'hui, puisque le régime national-socialiste n'y a apporté encore que de légères modifications, étudier la condition de la femme mariée telle qu'elle se présenterait à peu près en France, si la première partie du projet René Renoult actuellement adoptée par le Sénat l'était également par la Chambre des députés. Nous étions ainsi à même d'étudier les problèmes envisagés, non plus *in vitro* mais *in vivo*.

Nous avons donc cherché à faire ressortir les ressemblances et les différences qui existent entre le droit allemand et le droit français et avons signalé les solutions allemandes qui nous paraissent préférables aux nôtres, en expri-

(4<sup>a</sup>) Cf. Carl CROME, *Les similitudes du C. civ. allemand et du C. civ. français*, in Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904), t. II, pp. 587 et s.



mant le désir de les voir adapter à notre droit par le législateur français toutes les fois où cette adaptation était compatible avec nos traditions nationales ; au contraire, nous avons laissé résolument de côté les institutions qui nous paraissent essentiellement propres au génie germanique et qu'il n'est par suite aucunement souhaitable de voir transposer chez nous.

Pour réaliser nos fins, nous avons tout d'abord utilisé une excellente étude de droit allemand faite en 1903 par M. Léon Lyon-Caen, étude surtout doctrinale, mais qui ne néglige pas cependant l'aspect social et le côté pratique, côté sur lequel nous avons plus particulièrement l'intention d'insister, pour nous rendre compte de la capacité et des pouvoirs que l'épouse possède en fait dans nos deux pays. Un séjour à Berlin nous a permis ensuite de nous initier quelque peu à la pratique et d'étudier sur place les auteurs allemands dont nous n'avions pas eu les ouvrages entre les mains à Paris.

Quelle est maintenant la méthode que nous avons employée pour confronter nos deux législations ? Nous nous sommes inspirée de la méthode prônée par nos maîtres allant du connu vers l'inconnu. C'est-à-dire que nous sommes partie du droit français et de ses cadres familiers dans lesquels nous avons fait entrer le droit allemand. Nous commençons ordinairement nos études de détail par un rappel du droit français que nous faisons suivre de l'exposé des solutions allemandes pour en tirer ensuite des conclusions comparatives, le droit comparé n'étant pas la somme de droits juxtaposés. En principe nous avons eu l'intention de glisser davantage sur le droit français, connu de nos lecteurs, pour nous étendre plus longuement sur le droit allemand qui leur est peut-être moins familier.

Cependant il nous a paru souvent impossible d'esquiver, en quelque sorte, les difficultés que présente notre droit

national ; nous avons donc cru indispensable dans certains cas d'exposer longuement les controverses pour pouvoir prendre personnellement position, une certaine précision nous paraissant être la condition préalable d'une bonne comparaison ; nous nous excusons s'il nous est arrivé parfois de faire ainsi du droit unilatéral destiné seulement à préparer la voie au droit comparé.

Nos études fragmentaires permettent de faire ressortir les ressemblances et les divergences de nos deux législations sur des points particuliers. De toutes ces comparaisons de détail jaillissent alors les grands traits communs à nos deux droits, à moins qu'il ne s'agisse d'une opposition radicale.

Après avoir exposé le but de notre étude et la méthode que nous avons suivie, nous croyons utile de donner quelques indications sur notre plan.

Tout d'abord, nous avons commencé notre étude au début du  $xx^e$  siècle écartant délibérément tout rappel historique et cela pour plusieurs raisons, dont la meilleure est peut-être que nous ne sommes pas historienne ; en outre, un tel travail aurait fait à lui seul l'objet d'une thèse ; enfin il n'aurait peut-être pas apporté à notre étude, étant donné le but que nous poursuivons, un élément capital.

En effet, le droit français et le droit allemand sont bien aujourd'hui des droits distincts, mais ils sont, dans le domaine qui nous occupe, de la même famille. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, ce n'est point par l'intermédiaire du droit romain qu'il se rejoignent, mais plutôt par celui du vieux droit germanique et du droit canonique ; il faut reconnaître cependant que la situation de la femme n'a pas toujours été pareille dans nos deux pays, puisque la tutelle du sexe a été maintenue en Allemagne longtemps encore après qu'elle avait disparu en France. Mais, une fois cette tutelle supprimée de part et d'autre du

Rhin, le sort des épouses est devenu sensiblement le même dans nos deux pays. Il a fallu alors la promulgation du Code civil allemand de 1900 pour opposer radicalement nos législations, au moins en apparence ; c'est donc à partir de ce jour que la confrontation de nos deux droits va devenir plus particulièrement intéressante pour le comparatiste. Par ailleurs, il n'est guère possible de tenter avant cette date de 1900 une étude de droit comparé relative à nos deux pays, car l'Allemagne était jusque là extrêmement morcelée sous le rapport juridique ; il n'était pas rare en effet, selon Gide (5), de ne pouvoir trouver dans une réunion de cinq personnes deux d'entre elles qui fussent soumises au même droit.

Notre plan sera donc le suivant : dans une première partie, nous étudierons dans un premier Titre l'état comparatif des situations respectives des femmes mariées allemandes et françaises en 1903, époque à laquelle fut soutenue la thèse de M. Lyon-Caen. Il nous a paru indispensable en effet de commencer notre travail par une brève synthèse doctrinale destinée à servir de fondement à notre étude ; nous indiquerons ensuite quelle a été l'évolution législative et jurisprudentielle depuis lors dans l'un et l'autre pays. Ces bases indispensables posées, nous serons à même d'aborder dans un deuxième titre une étude comparative plus détaillée, qui aura pour but de nous permettre de contrôler, en jetant quelques coups de sonde, l'exactitude de nos affirmations antérieures. Nous envisagerons d'abord la situation de la femme mariée abstraction faite de l'exercice par elle d'une profession (avec une exception cependant pour les rapports de l'épouse avec les banques, étude que nous n'avons pas voulu fragmenter). Ce deuxième titre comportera l'étude de la condition sociale de la femme,

(5) Cf. GIDE, livre III, ch. III, p. 271.

de son rôle dans la direction du ménage et dans la gestion du patrimoine.

Nous réserverons notre seconde et dernière partie à la femme mariée qui exerce une profession, répartissant notre étude en deux titres, dont le premier est relatif à l'exercice d'une profession en général et le second à la femme commerçante en particulier. Si nous faisons la part aussi grande au travail extérieur de la femme mariée, ce n'est pas que nous le considérions comme souhaitable pour la mère ou l'épouse ; bien au contraire, nous croyons que c'est au foyer que la femme mariée remplit le mieux son rôle, surtout quand elle est mère. Malheureusement, l'insuffisance des gains du mari contraint souvent l'épouse à travailler hors de chez elle et nous sommes obligée de tenir compte de cette réalité sociale. D'autre part, c'est précisément lorsqu'elle exerce une profession qu'il est important pour la femme d'avoir les coudées plus franches ; c'est donc dans ce domaine que nous trouvons les constructions juridiques les plus intéressantes, mais aussi les controverses les plus importantes ; ainsi, le point sur lequel la jurisprudence du Reichsgericht a fait le travail le plus constructif dans le domaine du droit de l'épouse, c'est celui de la nature juridique du fonds de commerce. Nous pensons que ces raisons suffisent à rendre légitime l'accent que nous avons mis sur l'aspect professionnel de l'activité de la femme mariée.

Nous espérons être ensuite à même de tirer des développements précédents quelques conclusions, envisagées surtout par rapport à l'opportunité ou à la non opportunité de l'adoption de la première partie du projet René Renoult.

Notre sujet étant particulièrement vaste nous n'avons pu appliquer cette étude à la condition de la femme dans son ensemble, nous avons dû nous limiter à bien des égards. C'est la femme mariée que nous avons en vue, nous avons



donc laissé ordinairement de côté ce qui concerne la femme relativement à son sexe, indépendamment de sa qualité d'épouse ; d'ailleurs nous n'avons pas même exposé tout ce qui concerne la femme mariée. Certains aspects des devoirs entre époux, tels que la fidélité et l'assistance, nous paraissent relever plutôt de la morale et de la religion, nous ne les avons donc pas effleurés, d'autant qu'il s'agit là de devoirs réciproques et non pas spécialement de la capacité de la femme mariée.

Nous n'avons cependant pas pris le terme de capacité dans son sens restreint de capacité patrimoniale, mais avons étudié également la capacité personnelle de l'épouse. Sous le rapport du temps, notre travail est limité aux circonstances qui se produisent pendant la durée de l'union, laissant de côté tout ce qui a trait à la dissolution du mariage, à la liquidation du régime et aux questions successorales.

Enfin nous n'avons étudié que le cas le plus normal, ou du moins celui qui devrait être le plus normal ; c'est dire que nous n'avons pas envisagé la minorité des époux ni les restrictions à leur capacité qui peuvent provenir de causes telles que la folie ou la prodigalité, non plus que les cas de maladie ou absence du mari, ordinairement au moins. Nous n'avons pas envisagé les cas de séparation ou de divorce des époux pas plus que ceux où le mari ou éventuellement la femme sont en faillite.

---



**PREMIERE PARTIE**

---

**GÉNÉRALITÉS DOCTRINALES  
ÉVOLUTION DURANT LE XX<sup>e</sup> SIÈCLE  
SITUATION DE LA FEMME MARIÉE  
DANS LA PRATIQUE  
(en dehors de l'exercice d'une profession)**





TITRE PREMIER

**GÉNÉRALITÉS DOCTRINALES ET ÉVOLUTION  
DURANT LE XX<sup>e</sup> SIÈCLE**

---

CHAPITRE PREMIER

**CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES**

---

1. Nous avons dit déjà dans notre introduction que nous considérons comme indispensable de faire précéder notre étude d'une brève synthèse doctrinale, sorte de rappel des principes de nos deux droits relativement à la femme mariée ; cette synthèse permettra, lors de l'analyse détaillée des diverses situations intéressant la femme, de replacer chaque cas particulier dans son cadre juridique général.

Nous aurions pu, pour la partie germanique, recourir uniquement à des traités de droit privé actuellement en usage en Allemagne ; nous avons cru préférable de rattacher notre travail à la thèse remarquable soutenue à la Faculté de Droit de Paris le 23 juin 1903 par un Français : M. Léon Lyon-Caen (1), thèse qui expose, avec une maîtrise

(1) Léon LYON-CAEN, *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*. Paris, 1903, Arthur Rousseau, éd.

que nous ne saurions avoir, les principes de la doctrine allemande concernant la femme mariée.

En procédant de la sorte nous pouvions nous trouver en présence de deux objections : d'une part le livre de M. Lyon-Caen datait déjà de 34 ans et le droit allemand avait pu évoluer entre temps ; d'autre part son auteur ne s'était pas proposé de composer un ouvrage de droit comparé mais une étude de droit allemand qu'il avait parsemée de-ci de-là de quelques réflexions comparatives ; or on ne doit, semble-t-il, à aucun moment dans un ouvrage de droit comparé étudier unilatéralement un droit national.

Ces objections paraissent toutefois faciles à réfuter. En ce qui concerne la première, s'il est vrai que l'ouvrage de M. Lyon-Caen n'est pas tout récent, il n'en est pas moins exact que le fond de la doctrine allemande est resté le même, la législation ayant été très peu retouchée ; ce qui a pu évoluer c'est plutôt la jurisprudence et l'état d'esprit des juristes. Loin de considérer le travail de M. Lyon-Caen comme périmé, nous estimons au contraire que nous pouvions l'utiliser de deux manières : nous aurions pu exposer le droit actuel allemand à l'aide de ce travail en comblant, par le recours à des sources plus récentes, les lacunes qu'il doit à son âge. Nous pouvions encore situer simplement au moment de la parution de cette thèse le début de notre étude que nous aurions fait suivre d'un bref aperçu des modifications survenues depuis 1903 ; c'est cette seconde solution que nous avons adoptée.

Si d'autre part l'on objecte pour critiquer le rattachement de notre travail à celui de M. Lyon-Caen que cet auteur a fait seulement du droit national allemand, nous croyons que l'on commet une erreur de principe. Dans l'esprit de nos grands comparatistes, les études de droit comparé doivent être précédées d'études unilatérales de droit étranger qui servent ensuite de terme de comparaison. S'il nous

incombait de faire œuvre de comparatiste, notre travail devait être grandement facilité et préparé par la thèse de M. Lyon-Caen, qui rédigée en langue française et conçue par un esprit français, permettait notre initiation beaucoup plus rapide au droit allemand. Nous estimons donc remplir d'abord un devoir de reconnaissance en donnant en quelque sorte la place d'honneur à M. Lyon-Caen, dans notre travail, nous croyons en outre suivre la voie préconisée par Raymond Saleilles (2), un des pères du droit comparé et par notre Maître M. Niboyet (3).

2. Voici donc la solution que nous avons adoptée en définitive : nous avons forgé nous-même une étude doctrinale comparative en nous inspirant presque uniquement de la thèse de M. Lyon-Caen relativement au droit allemand, et nous l'avons intitulée : *Etat comparatif des situations respectives des femmes mariées allemandes et françaises en 1903* ; nous pensions faire de la sorte ressortir dès le début les similitudes et les divergences de nos deux droits ainsi que les points plus particulièrement dignes d'attirer l'attention du comparatiste. Puis nous avons fait suivre cette

(2) Le Maître s'exprimait ainsi dans la préface qu'il écrivit pour l'ouvrage de M. Lyon-Caen, p. VII : « la méthode unilatérale doit précéder la méthode de compénétration », il ajoute, quelques lignes plus loin : « en droit comparé, il faut connaître déjà chaque type juridique, dans sa réalité positive et jurisprudentielle, avant d'en induire la valeur historique et comparative », et enfin p. XXVIII : « Des études comme celle de M. Léon Lyon-Caen sont comme les prodromes nécessaires dont nous avons besoin pour préparer la réforme de notre Code civil. »

(3) M. NIBOYET, dans son *Cours de droit civil comparé*, professé à la Faculté de Droit de Paris en 1933-34, signalait parmi les utilités de l'étude du droit étranger « celle de constituer la base de toute étude comparative ultérieure », p. 6 du Cours polycopié ; il ajoutait encore que « le droit étranger est au droit comparé ce que le document est à l'historien », p. 7. M. LAMBERT, qui rejette de l'objet du droit comparé l'étude des législations étrangères, admet que cette étude permet d'amasser des matériaux.

étude d'un aperçu succinct de l'évolution tant jurisprudentielle que législative depuis 1903 en France comme en Allemagne, espérant pouvoir ainsi mieux dégager les tendances de nos deux droits.

Mais en procédant de la sorte nous nous heurtions à une nouvelle difficulté. Puisque nous voulions placer notre étude doctrinale comparative en l'année 1903, fallait-il tâcher de nous replacer par la pensée à cette époque, élaborer le travail qu'aurait pu faire un juriste avec sa mentalité d'alors et à l'aide des sources dont il disposait ? Nous avons cru pouvoir agir plus librement, d'autant que nous ne nous proposons pas une étude historique (4) mais bien plutôt doctrinale. Le plan que nous choissions avait pour seul but de faire ressortir le sens de l'évolution juridique tant en France qu'en Allemagne pendant les trente dernières années. Nous ne pouvions, par ailleurs, nous livrer à deux études doctrinales qui se seraient placées l'une en 1903 l'autre en 1937, l'écart trop faible entre ces deux dates aurait risqué de nous exposer à des redites fastidieuses. Nous avons donc cru pouvoir nous permettre, au cours de cette étude, placée un peu artificiellement en 1903, de faire allusion, ne fût-ce qu'en note, à des ouvrages postérieurs à cette date surtout s'ils permettent de préciser un point de doctrine. Il doit rester bien entendu que nous entreprenons cette étude avec notre mentalité actuelle, faisant ressortir les ressemblances et les différences des droits français et allemand telles que nous les concevons.

(4) L'ampleur de notre travail ne nous permettait pas en effet de faire remonter notre étude plus loin que le début du XX<sup>e</sup> siècle ; pour l'évolution antérieure en Allemagne nous renvoyons à l'étude magistrale de M. LYON-CAEN, pp. 2 à 49 et 49 à 84.

CHAPITRE II

**ETAT COMPARATIF  
DES SITUATIONS RESPECTIVES  
DES FEMMES MARIÉES  
ALLEMANDES ET FRANÇAISES EN 1903**

---

3. Au seuil de l'étude doctrinale qu'il a fait précéder d'un exposé historique, M. Lyon-Caen dénonce le plus frappant contraste entre les législations allemande et française touchant la condition civile de la femme mariée. Tandis que le Code civil, consacrant l'autorité maritale et l'incapacité de la femme mariée, parce que, nous dit-il (1), cette dernière avec les enfants et les fous, le BGB. (2) lui accorde implicitement la pleine capacité.

Cette impression première de contraste devra-t-elle rester définitive ? Pour nous en rendre compte et pour nous permettre de porter un jugement sur l'état comparatif à cette époque, nous allons rappeler brièvement quelle était la situation faite à la femme mariée de part et d'autre du Rhin vers cette date de 1903 (c'est-à-dire quelques années à peine après la mise en vigueur du BGB.), en tâchant d'observer le fonctionnement des institutions dans leurs divers rouages.

(1) LYON-CAEN, pp. 85 et 86.

(2) *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Code civil allemand de 1896 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900.



Conformément au plan de la thèse de M. Lyon-Caen, ouvrage dont nous nous inspirerons d'ailleurs ici largement, nous envisagerons successivement la capacité personnelle et la capacité patrimoniale (3).

## SECTION I

### CAPACITÉ PERSONNELLE

4. Si le BGB. ne connaît pas de disposition aussi catégorique que l'article 213 de notre Code civil (4), le mari y a du moins gardé la prééminence dans le ménage, prééminence qui, dans le domaine personnel, se fait principalement sentir dans les §§ 1354, 1357 et 1358 BGB. (5), ayant respectivement trait au pouvoir de décision du mari, à la *Schlüsselgewalt* (6) et au droit de révocation du mari quand la femme s'est obligée à une prestation personnelle vis-à-vis d'un tiers.

#### a) POUVOIR DE DÉCISION DU MARI

5. Au principe du Code civil selon lequel le mari doit protection à la femme, la femme obéissance à son mari, le

(3) Certains auteurs ne comprennent sous le vocable « capacité » que la capacité patrimoniale et étudient les rapports personnels des époux sous une autre rubrique. Nous considérons que les rapports personnels et patrimoniaux dépendent, les uns comme les autres, de la situation faite au mari et préférons ne pas limiter notre étude à la capacité patrimoniale. Nous adoptons donc la terminologie de M. LYON-CAEN à cet égard.

(4) « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ».

(5) Nous préférons conserver aux articles du BGB. le nom de paragraphes que leur donne la loi allemande puisqu'elle réserve le nom d'articles aux subdivisions de la loi d'introduction. Ce procédé aura l'avantage d'éviter plus facilement une confusion éventuelle entre les articles du Code civil français et les paragraphes du BGB.

(6) Pouvoir des clés. Cf. *infra*, n° 7.

BGB. oppose dans son § 1354 le texte suivant : « Le mari a la décision dans toutes les affaires de la vie commune conjugale. »

Si les termes de la loi française sont plus radicaux, faut-il en conclure que les conséquences pratiques des principes sus-énoncés seront différents dans les deux pays (6<sup>a</sup>) ; c'est ce que nous voulons examiner :

1<sup>o</sup> tout d'abord dans l'un et l'autre pays la femme prend la *nationalité* de son mari (7). En France, quand les époux sont de nationalité différente, la femme suit la condition de son mari, qu'il s'agisse d'une étrangère épousant un Français ou d'une Française épousant un étranger ; il y a toutefois quelques exceptions (8).

En Allemagne il faut, sauf en cas de « unmittelbare Reichsangehörigkeit » appartenir à un des Etats fédérés pour jouir de la nationalité allemande et l'appartenance à un Etat fédéral (Bundesstaat) s'acquiert par le mariage. L'étrangère qui épouse un Allemand acquiert la nationalité du mari (art. 6 de la loi de 1870) et l'Allemande qui épouse un étranger perd sa nationalité (art. 17 même loi).

2<sup>o</sup> En Allemagne comme en France, la femme prend le *nom* de son mari, mais tandis qu'il s'agit d'une décision explicite du BGB. (§ 1355), on a affaire en France plutôt à un usage, bien que certains auteurs considèrent le principe comme ayant été consacré par la loi du 6 février 1893 sur la séparation de corps, loi qui a modifié l'article 2 du Code civil (9).

(6<sup>a</sup>) Cf. LYON-CAEN, pp. 92 et s.

(7) En France, d'après les art. 12 et 19 du C. civ. modifiés par la loi du 26 juin 1889 et aujourd'hui abrogés. En Allemagne, d'après la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1870, remplacée aujourd'hui par la loi du 22 juillet 1913.

(8) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, pp. 298 et s.

(9) Cf. COLIN et CAPITANT, t. I, pp. 368 et s. — Cf. art. 299 et 211 C. Civ.

3° Une autre conséquence de la prééminence du mari c'est le droit pour lui en Allemagne comme en France de *choisir le domicile conjugal*. Selon l'art. 214 C. civ. la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. La jurisprudence interprète cela plus strictement que Pothier (celui-ci faisait une réserve lorsque le mari voulait s'établir hors du royaume) ; les tribunaux ont décidé que la femme ne pouvait refuser de s'expatrier (10) tandis qu'en Allemagne la femme n'est pas obligée de partager en toutes circonstances le domicile que le mari fixe à l'étranger (10<sup>a</sup>).

En dehors de ce cas c'est le mari qui détermine la résidence (Wohnort) et l'habitation (Wohnung) (11) ainsi que le domicile (Wohnsitz, § 10 BGB.).

Dans l'un et l'autre pays on admet que le mari est obligé d'offrir à sa femme un logement convenable (12).

4° Jusqu'ici nous n'avons guère rencontré de différences entre nos deux législations, mais des divergences se font jour à propos des *lectures, correspondances, toilettes et relations* de la femme.

La jurisprudence française fait découler du principe de la puissance maritale un droit au profit du mari de surveiller les visites et de contrôler la correspondance de sa femme tandis que pour l'Allemagne M. Lyon-Caen estime (13) plus conforme à la loi de ne pas reconnaître ces pouvoirs au mari, le § 1354 BGB. ne s'appliquant qu'aux affaires inté-

(10) Cf. ROUAST in PL. et RUPERT, t. II, p. 302.

(10<sup>a</sup>) LYON-CAEN, p. 100.

(11) § 1354 BGB., 1<sup>er</sup> alinéa, 2<sup>e</sup> phrase.

(12) Req., 2 juillet 1877, D. P. 77.1.162 ; Allemagne, § 1354 BGB., alinéa 2. — Cf. LYON-CAEN, p. 104, note 1.

(13) Cf. LYON-CAEN, p. 93, note 3, il signale d'ailleurs que la question est controversée.

ressant la vie commune (14) ; le BGB. était trop jeune à cette époque pour permettre de comparer l'esprit des jurisprudences française et allemande.

5° En ce qui concerne la puissance paternelle qu'il serait plus juste d'appeler « *autorité parentale* » (15), elle appartient dans l'un et l'autre pays concurremment au père et à la mère, mais en France le père seul exerce cette autorité, si sa déchéance n'a pas été prononcée (art. 373 C. civ.), sauf cas d'absence, de décès ou d'empêchement ou éventuellement de divorce ou séparation de corps. En Allemagne selon le § 1634 BGB. c'est l'avis du père qui prévaut en cas de dissentiment, mais la femme peut recourir contre sa décision en invoquant l'abus du droit (16). En cas de décès du père la tutelle revient à la mère mais non pas la jouissance (§ 1685 BGB.).

A quelques nuances près le rôle de la mère paraît être le même dans les deux pays qui nous occupent, car tant qu'il n'y aura pas dissentiment le mari français laissera toute liberté à sa femme pour diriger les enfants.

6° Sur un point le BGB. détermine avec plus de précision que le Code civil les obligations de la femme envers son mari. L'épouse *est tenue au travail dans l'intérieur et au besoin dans les affaires du mari* si l'usage le veut ainsi dans le milieu social des époux (§ 1356 BGB.), la femme pourra invoquer l'abus du droit en cas d'exigences exagérées (17) ; rien d'aussi précis ne se rencontre en France, tout au plus pourrait-on faire découler cette obligation du principe général de secours et d'assistance prévu à l'article 212 C. civ.

6. Si nous voulons maintenant résumer objectivement

(14) *Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen.*

(15) Cf. COLIN et CAPITANT, t. I, p. 455, n° 442-2°.

(16) LYON-CAEN, p. 101.

(17) LYON-CAEN, p. 100.

la situation en ce qui concerne le droit de décision du mari nous arrivons aux conclusions suivantes : si le BGB. ne reconnaît plus le principe de la puissance maritale, il accorde du moins des pouvoirs assez étendus au mari considéré comme chef de la famille, ce dernier aura donc comme en France, un rôle prépondérant dans tout ce qui concerne la nationalité, le nom, le domicile, l'autorité parentale et toutes les affaires intéressant la vie commune. Il ne faudrait donc pas exagérer l'indépendance de la femme allemande, ni se figurer que la reconnaissance de sa capacité l'a définitivement affranchie du mari ; cela est si vrai que féministes et socialistes, Bebel en tête, ont réclamé dès l'origine la suppression ou la modification du § 1354 « l'article d'obéissance » (Gehorsamsparagraph) incompatible avec le principe d'égalité des droits (Gleichberechtigung) (18). Est-ce à dire que la puissance maritale s'est maintenue en Allemagne au même titre que chez nous (18<sup>a</sup>) ? Il nous faut ici distinguer selon que l'on envisage les textes ou les faits. A ne voir que les textes, on peut conclure avec M. Lyon-Caen que la législation allemande « marque un progrès très réel » sur la nôtre ; mais, si l'on veut comparer la situation de fait de la femme vis-à-vis de son mari, il faut tenir compte de

(18) LYON-CAEN, pp. 94 à 98 ; notre auteur d'ailleurs adopterait volontiers la réforme de BEBEL, considérant que la direction du ménage doit appartenir à la plus forte individualité.

(18<sup>a</sup>) Cf. à cet égard, en droit suisse, la controverse entre EGGER et HEUSLER, rapportée par M. François BARTHOLMÉSS dans sa thèse sur la condition de la femme mariée, thèse soutenue à Genève en 1918. Ce dernier auteur penche plutôt pour la théorie d'HEUSLER à savoir que la prééminence du mari n'est autre que le maintien de la puissance maritale, parce que les droits que le CCS accorde au mari relativement au nom, au domicile et à la profession de la femme, sont des attributs de la puissance maritale ; mais il fait cette réserve que le pouvoir du mari n'est plus aussi absolu qu'autrefois ; il nous semble que seul ce résultat importe et non pas le nom donné à la chose.



l'adoucissement considérable que les mœurs ont apporté en France à l'application de l'article 213 du C. civ. (19) ; nous croyons donc que même à l'époque où écrit M. Lyon-Caen, « toute trace de sujétion a disparu » (20), pour employer ses propres termes, non seulement du Code allemand, mais aussi des usages français ; il n'en faut pas moins reconnaître que la femme allemande voit son indépendance mieux protégée que la française, grâce à la double restriction au pouvoir de décision du mari signalée par M. Lyon-Caen : l'épouse allemande est libre pour les affaires qui ne la concernent que personnellement et, dans les autres elle peut opposer l'abus du droit (§ 1354 BGB.) (21).

#### b) MANDAT DOMESTIQUE

7. C'est un usage très ancien dans nos pays d'abandonner à la femme le soin des actes ménagers et de la laisser contracter par exemple avec les fournisseurs de vivres et de vêtements.

Le BGB. consacre cet usage et institue un partage d'attributions dans le ménage : au mari, a-t-on pu dire (1), le ministère des Affaires étrangères, à la femme le ministère de l'Intérieur. Le § 1356 BGB. reconnaît à la femme le droit et le devoir de diriger le ménage commun, le § 1357 lui en accorde l'administration (2), c'est le prolongement du traditionnel pouvoir des clés (*Schlüsselgewalt*) (3).

On chercherait vainement en France une disposition ana-

(19) COLIN et CAPITANT, t. I, p. 639, n° 606 1°.

(20) LYON-CAEN, p. 95.

(21) Ainsi elle peut refuser de suivre le mari à l'étranger. Pour ce qui précède, cf. LYON-CAEN, pp. 99 et 100. Les féministes parlent de « Not-und Hülfsparagraph ». Cf. LYON-CAEN, p. 104, note 1.

(1) Cf. CHAMPCOMMUNAL, in *Bull. Société législ. comp.*, 1933, p. 325.

(2) LYON-CAEN, pp. 106 et 107.

(3) LYON-CAEN, pp. 106 et 17, 35 et 36.

logue dans le Code ; la jurisprudence a comblé cette lacune en tentant de concilier l'usage existant avec la loi, ce qui était assez délicat en raison de l'incapacité de la femme mariée, mais il faut rendre hommage à l'ingéniosité qu'elle a déployée dans ce domaine, un de ceux où son activité a été la plus importante. La première interprétation de la jurisprudence fut d'admettre une autorisation tacite du mari, mais elle abandonna cette construction pour celle du mandat tacite présumé du mari qui cadrerait mieux avec la loi ; le code en effet ne connaît qu'exceptionnellement l'autorisation générale tacite alors qu'il admet le mandat tacite ; c'est sur cette dernière théorie qu'on s'appuyait le plus souvent vers 1903 ; cependant des flottements se faisaient déjà sentir entre cette doctrine et celle du pouvoir propre (3<sup>a</sup>).

En Allemagne comme en France, les actes ménagers sont considérés comme faits au nom du mari, la femme n'étant censée agir qu'à titre de représentant du mari (4).

Même en Allemagne, la loi ne détermine pas exactement l'étendue de la Schlüsselgewalt ; elle dispose seulement que la femme représente son mari pour les affaires qu'elle entreprend dans son cercle d'action domestique (*häuslicher Wirkungskreis*) (5) ; c'est donc à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartiendra de nous éclairer sur les détails concrets (6).

Dans nos deux pays, le mari peut restreindre ou exclure à tout moment le pouvoir de la femme, et ce sans forme déterminée (§ 1357 BGB. al. 2) ; mais, dans l'intérêt des

(3<sup>a</sup>) Cf. AFTALION, pp. 100 à 108 ; LYON-CAEN, p. 107, note 4 et *infra*, n<sup>o</sup> 52.

(4) § 1357 BGB. quand il ne ressort pas autre chose des circonstances. Dans le projet suisse, aujourd'hui devenu loi, la femme représente non le mari mais la communauté conjugale.

(5) LYON-CAEN, p. 113.

(6) Cf. *infra*, n<sup>o</sup> 66 à 68.

tiers, la restriction aussi bien que le retrait devront recevoir publicité. La femme allemande, si le mari a abusé de son devoir, peut s'adresser au Tribunal des tutelles (*Vormundschaftsgericht*) pour faire lever restriction ou exclusion, ou bien elle peut encore opposer l'abus du droit sous forme de défense (7). Un retrait injustifié pourrait, dans un pays comme dans l'autre, être considéré comme un cas de divorce (8).

Au sujet de la femme allemande, M. Lyon-Caen dit que « si ses droits de maîtresse de maison ne sont pas irrévocables, leur suppression du moins ne dépend pas du bon vouloir du mari » (9) ; on pourrait en dire autant de la femme française, à cause de la quasi-impossibilité où se trouve son mari d'envoyer un avertissement individuel aux fournisseurs éventuels, tandis que l'Allemagne connaît un régime de publicité plus pratique : le *Güterrechtsregister* (10).

Le même auteur adresse plusieurs critiques à la législation allemande sur le pouvoir domestique ; il regrette qu'elle ait adopté une « cote mal taillée entre la théorie française du mandat et la théorie suisse du pouvoir propre » (11) ; il signale que Gierke aurait voulu que la femme représentât, conformément à l'origine de l'institution germanique, la communauté conjugale et non le mari (12). M. Lyon-Caen aurait souhaité que le BGB. admît au moins une obligation

(7) LYON-CAEN, p. 116.

(8) § 1568 BGB. — Selon M. ROUAST (PL. et RIPERT, t. II, n° 523, p. 432) il s'agit là d'une imputation calomnieuse ; cf. Douai, 1857 et Colmar, 1858.

((9) LYON-CAEN, p. 116.

(10) Registre matrimonial des biens ; cf. LYON-CAEN, note 2, pp. 116 et 117 et p. 52, note 1 ; voir aussi § 1357 BGB., al. 2 *in fine* et § 1435 BGB.

(11) Thèse citée, pp. 116, 117 et 108.

(12) Cf. LYON-CAEN, p. 117, note 1, principe qui régit le Code civil suisse actuel.

subsidaire de la femme, solution plus juste à l'égard des fournisseurs (13) ; il se rallie en outre à la thèse des féministes selon laquelle, le mandat étant légal, le mari ne devrait pas pouvoir enlever la Schlüsselgewalt à l'épouse (14).

Nous sommes bien près de croire que les systèmes allemand et français devaient conduire à l'époque à des solutions pratiques très voisines.

### c) LIBERTÉ DU TRAVAIL

8. Touchant l'exercice d'une profession par la femme, nous nous trouvons dans nos deux pays en présence de théories opposées ; en Allemagne règne le principe de la liberté du travail de la femme mariée, tandis qu'en France c'est le principe inverse. Ceci ne résulte d'ailleurs d'aucun énoncé général ni dans le Code civil ni dans le BGB.

On étend en France à toute profession l'article 4 du Code de commerce, en vertu duquel la femme ne peut entreprendre un commerce sans l'autorisation de son mari (1), autorisation générale d'ailleurs ; tandis qu'en Allemagne la femme n'a plus besoin d'autorisation maritale (2) dans ce cas. Ceci résulte du principe fondamental de la capacité de la femme mariée ainsi que du § 1399 BGB. et de l'article 36, I EGBGB. Si toutefois le législateur allemand a été influencé par l'esprit nouveau, il n'entend pas que la femme puisse, par une activité professionnelle intempestive, négliger au

(13) Thèse citée, p. 110.

(14) Thèse citée, p. 114.

(1) « La femme ne peut être marchande publique sans l'autorisation du mari ».

(2) Le « Registerriechter » (juge préposé à la tenue du registre du commerce) n'a pas le droit d'exiger cette autorisation pour inscrire la firme de la femme sur son registre ; cf. LYON-CAEN, p. 260.

foyer sa tâche la plus impérieuse. Le mari a dans ce cas la possibilité de rappeler la femme à ses devoirs et se voit attribuer par le § 1358 BGB. un droit de résiliation (*Kündigungsrecht*), quand sa femme s'est engagée vis-à-vis de tiers et postérieurement au mariage à des prestations en personne (3) ; (elle s'est liée par exemple par un contrat de travail ou de louage de services). Le mari ne peut d'ailleurs exercer son droit de dénonciation que si le tribunal des tutelles a admis sa requête (3<sup>a</sup>), et la femme peut invoquer l'abus du droit.

L'autorisation maritale est donc obligatoire seulement pour la femme française ; mais elle peut être très utile, parfois même indispensable, à la femme allemande dans deux circonstances.

Tout d'abord, relativement aux rapports personnels des époux dans les cas prévus au § 1358, si le mari a donné son consentement à l'obligation assumée par la femme, son droit de dénonciation est exclu (4).

En outre l'autorisation du mari peut être précieuse pour augmenter le crédit de la femme et écarter les restrictions apportées à ses pouvoirs par certains régimes matrimoniaux, et par le régime légal en particulier (5). En vertu des §§ 1405 et 1452 BGB., les conséquences du régime se trouvent écar-

(3) Sur ce qu'il faut entendre par là, cf. LYON-CAEN, pp. 124, 125 et 263. — Cf. également *infra*, n° 119 ; sur le droit de résiliation, cf. LYON-CAEN, pp. 119 et s.

(3<sup>a</sup>) LYON-CAEN, p. 122.

(4) § 1358 BGB., al. 2. La dénonciation devient également impossible quand l'assentiment du mari a été suppléé, à la requête de la femme, par le tribunal des tutelles, ou bien quand la vie commune est suspendue, à moins que ce ne soit précisément l'exercice d'une profession par la femme qui ait amené cette suspension.

(5) Nous ne nous étendons pas ici sur ces questions n'ayant pas encore exposé les règles des régimes matrimoniaux ; sur ce sujet : cf. LYON-CAEN, pp. 156 à 253, particulièrement pp. 190 et s. ; cf. *infra*, n° 20.



tées quand le mari a donné son autorisation. La femme française ne pourrait avec la seule autorisation générale former une société avec des tiers (ceci en vertu d'une jurisprudence bien établie) (6), alors que rien ne s'y oppose en Allemagne. Tout en trouvant que le régime du BGB. est plus libéral que le système antérieur (7), le même d'ailleurs que le système français, M. Lyon-Caen signale deux critiques qui peuvent être élevées contre le § 1358 ; il se demande d'une part si les tiers, pour se mettre à l'abri d'une résiliation, n'exigeront pas *a priori* l'autorisation du mari ou de la justice, ce qui ramènerait la conception allemande, si libérale en apparence, à notre système français (8) ; d'autre part le § 1358 BGB. n'est-il pas, comme le § 1354 d'ailleurs, appelé à rester lettre morte ? En effet l'action en rétablissement de la vie commune (*auf Herstellung des ehelichen Lebens*) qui pourrait servir de sanction aux manquements concernant les paragraphes prévus « n'est pas comme en France susceptible d'exécution forcée » (9) (§ 888 ZPO.) (10) et l'on ne voit comme sanction efficace que le divorce (11). Mais, si la loi française admet l'exécution forcée et le recours à la force publique, il est permis de croire cependant que bien peu de maris y ont fait appel, même à l'époque où écrivait M. Lyon-Caen ; nous croyons que pratiquement les dissentiments de ce genre ont dû conduire au divorce aussi bien chez nous qu'en Allemagne.

Quoi qu'il en soit, la suppression du § 1358 BGB. avait

(6) Cf. *infra*, n° 13.

(7) LYON-CAEN, p. 122.

(8) Thèse citée, p. 126 ; sur le système de l'avant-projet suisse : cf. LYON-CAEN, p. 129, note 1.

(9) LYON-CAEN, p. 95 (le § 1354 est une *lex imperfecta*), p. 96 où il renvoie à la thèse de M. DURAND : *L'autorité maritale en dehors des questions patrimoniales*, pp. 126 et 127.

(10) Cf. LYON-CAEN, p. 97, note 1.

(11) Cf. LYON-CAEN, pp. 93 et 127.

été demandée déjà dans les Commissions du Reichstag ; c'était aussi vers 1903 une revendication des féministes qui considéraient ledit paragraphe comme un vestige fâcheux de l'intervention maritale dans les affaires personnelles de la femme ; M. Lyon-Caen est opposé à cette suppression, car il pense comme Planck que cette mesure est surtout destinée à protéger la femme ; elle lui fournit en effet un moyen de quitter facilement une profession qui se révélerait incompatible avec ses obligations domestiques (12).

La protection du mari allemand paraît beaucoup plus solide du côté pécuniaire, car il peut saper le crédit de sa femme en lui refusant son autorisation.

9. Pour résumer notre aperçu sur la capacité personnelle de la femme mariée en Allemagne et en France en 1903, nous rappelons que les §§ 1354 à 1358 BGB., qui sont d'ailleurs d'ordre public (13), entravent sur bien des points la liberté accordée en principe à la femme (14) et qu'à ce titre féministes et socialistes en ont réclamé dès l'origine soit la suppression soit l'amendement. Nous croyons donc pouvoir conclure que, si nos deux législations partent de principes assez différents, elles aboutissent bien souvent à des solutions pratiques identiques ; elles sont d'ailleurs dominées l'une et l'autre par l'idée de constituer le mari comme chef du ménage (15), principe qui limite à bien des égards l'indépendance de la femme allemande tandis que la juris-

(12) Cf. LYON-CAEN, p. 128.

(13) Cf. LYON-CAEN, p. 129, note 2.

(14) Cf. LYON-CAEN, pp. 89 et 90.

(15) Cf. LYON-CAEN, p. 91, pour « maintenir la puissance et la dignité du lien conjugal ». Le BGB. a voulu réaliser l'émancipation de la femme « sans compromettre la cohésion de la société conjugale », pp. 91 et 92. Le législateur allemand a reconnu au mari « sinon, comme chez nous, un pouvoir sur la personne de la femme, se traduisant par l'obligation de l'autorisation, du moins la direction morale et le gouvernement général du ménage », p. 120.

prudence et les mœurs ont atténué ce que les règles du Code civil français avaient d'un peu brutal. Cependant les préférences peuvent aller pour deux raisons au moins à la loi allemande, d'abord parce qu'elle est plus conforme aux faits et ensuite parce qu'elle rend la situation de la femme plus équitable par l'application générale de la théorie de l'abus du droit ; nous verrons d'ailleurs plus loin que, si le Code civil est muet à ce sujet, la jurisprudence se charge de combler peu à peu cette lacune importante.

## SECTION II

### CAPACITÉ PATRIMONIALE ET POUVOIRS

10. Ici encore M. Léon Lyon-Caen insiste sur le contraste qui existe entre les deux législations envisagées (1). Tandis qu'en France le Code civil consacre l'incapacité de la femme mariée (art. 215 et 217 et suiv.), la capacité patrimoniale de cette dernière est dominée dans le BGB. par les mêmes principes que la capacité personnelle : la femme est *pleinement capable*, mais le mari a, dans la gestion du patrimoine, des droits supérieurs qui font échec dans une certaine mesure à l'indépendance de la femme. Notre auteur écrit : « pas plus que l'unité des intérêts moraux des époux, l'unité du gouvernement de leurs intérêts patrimoniaux n'est réalisée aux dépens de la capacité de la femme ; l'unité économique de la famille, pas plus que son unité morale, n'est établie sur les ruines de la personnalité de l'épouse. Au contraire, cette dernière reste intacte » (2).

Comment le législateur allemand a-t-il pu résoudre ce problème, analogue à la quadrature du cercle, qui consiste

(1) Cf. thèse citée, p. 131.

(2) LYON-CAEN, p. 131.

à accorder la pleine capacité à la femme mariée tout en apportant, au nom de l'unité conjugale, des restrictions à l'indépendance de l'épouse ? Nous tenons dès l'abord à attirer l'attention sur ce point qui nous paraît capital pour notre étude : pour juger de l'indépendance patrimoniale d'une femme mariée, il faut envisager non seulement sa capacité mais ses pouvoirs (3) : c'est en faisant cette distinction entre capacité et pouvoirs que le législateur allemand est arrivé à résoudre le problème qui nous occupe, bien qu'il n'emploie ordinairement pas notre terminologie. Tandis qu'en France l'incapacité est un effet du mariage et non pas seulement une conséquence du régime, de sorte que la femme mariée même sous le régime le plus libéral, celui de la séparation de biens, ne jouit pas de la pleine capacité, en Allemagne la capacité générale (*Geschäftsfähigkeit*) de la femme reste intacte, même sous le régime le plus rigoureux pour elle, la communauté universelle (4). La limitation apportée à la liberté de la femme en matière patrimoniale provient en Allemagne d'une restriction de ses pouvoirs ; elle est atteinte dans son droit de disposer (*Verfügungsrecht* (4<sup>a</sup>) ou *Dispositionsbefugnis* (4<sup>b</sup>), des biens qui sont, par l'effet du régime, soumis à certains droits du mari (5) ; au terme de « droit de disposer » nous préférerions celui de « pouvoir de disposer » (*Verfügungsmacht*) que l'on rencon-

(3) Nous reviendrons plus loin sur cette distinction importante en étudiant la question de façon plus approfondie ; cf. *infra*, n° 23.

(4) LYON-CAEN, pp. 131-132 et 133.

(4<sup>a</sup>) Sur le sens précis de ce terme, cf. *infra*, n° 24 et LYON-CAEN, p. 190, note 1.

(4<sup>b</sup>) LYON-CAEN, p. 190.

(5) LYON-CAEN, pp. 131 et s. Il faudrait ajouter d'ailleurs qu'en règle générale la femme ne peut engager valablement ces mêmes biens pendant la durée du mariage, cf. LYON-CAEN, p. 200 et WOLFF, § 45, IV, p. 177.

tre d'ailleurs dans les ouvrages contemporains (5<sup>a</sup>). Les entraves rencontrées par l'épouse ne proviennent donc pas du mariage comme en France ; elles ne sont que « la conséquence fortuite et accidentelle » (6) du régime, conséquence que la femme pourrait écarter en adoptant la séparation de biens.

Pour les esprits formés aux disciplines françaises il semble que cette distinction entre capacité et « pouvoir de disposer » se ramène à jouer sur les mots et nous pensons au premier abord que celui qui ne peut disposer librement de ses propres biens jouit tout simplement d'une capacité restreinte. Y a-t-il là une pure querelle terminologique ? Les auteurs allemands s'en défendent et ils dénoncent (7) la lacune des traités français, qui ne font pas cette distinction entre capacité et pouvoir de disposer, faculté dont la nature juridique serait différente.

Certains de ces auteurs font valoir que les limites à la capacité sont d'origine subjective, tandis que les obstacles à l'exercice du droit de disposer sont purement objectifs (8). Si la femme mariée ne peut disposer de certains de ses biens, ce n'est pas pour un fait inhérent à sa personne, mais parce que les droits qu'elle a consentis à son mari sur ces biens (régimes conventionnels) ou qu'elle est censée lui avoir consentis (régime légal) font obstacle à l'exercice de ce pouvoir (9). M. Binet dans sa remarquable thèse (10) pose la

(5<sup>a</sup>) Cf. KADEN, in *RvglHW.*, t. II, p. 715 et LEHMANN, § 11, III, 1 *in fine*, p. 63. — Cf. aussi H. MITTEIS, § 22, II, p. 51.

(6) LYON-CAEN, p. 133.

(7) Cf. KADEN : *Die Rechtsstellung der Ehefrau in RvglHW.*, t. II, p. 714, col. 2 et p. 715.

(8) Cf. James BREIT : *Die Geschäftsfähigkeit*, p. 35 ; il dit par ailleurs que les limites à la capacité sont destinées à protéger l'intéressé tandis que les restrictions aux pouvoirs veulent protéger un tiers (en l'espèce le mari).

(9) Cf. MOT., pp. 219 à 225, — PLANCK, t. IV, p. 79, n° 1 et p. 113,



question suivante : « était-il interdit d'une manière générale à l'épouse d'agir sans le consentement du mari, ou ses actes indépendants étaient-ils seulement frappés d'inefficacité à l'endroit de son patrimoine tombé sous la tutelle maritale ? Y avait-il vraiment *incapacité personnelle* de la femme ou simplement *indisponibilité réelle* de ses biens ? » (11) ; plus loin il parle de l'affectation des biens à la disposition exclusive du mari (12).

11. — En définitive nous croyons que cette distinction entre capacité et pouvoirs s'impose et qu'il s'agit bien là de facultés d'un ordre juridique différent ; dans les ouvrages français les plus récents (13), on rencontre d'ailleurs le terme de pouvoirs, principalement à propos de la loi de 1907 qui crée en France à la femme mariée une situation voisine de celle de la femme allemande ; nous reviendrons sur ce sujet plus loin (14). Ceci ne nous empêche pas d'ailleurs de reconnaître que, dans bien des cas, incapacité et restriction au pouvoir de disposer auront les mêmes conséquences pratiques, d'autant plus que les législateurs allemands, encore influencés en 1900 par l'idée d'incapacité de la femme mariée, n'ont pu s'en affranchir complètement ; certaines situations en effet s'expliqueraient mieux par l'incapacité que par le

n° 7 (cf. §§ 1395, 1401, 1443, 1519, 1525, 1549 BGB.) ; SCHRÖDER (*Familiengüterrecht*, p. 9), cité dans LYON-CAEN, p. 140, note 2, parle de limites objectives, « objective Beschränkungen », voir aussi dans la même note les citations d'ULLMANN et de SALEILLES.

(10) Cf. BINET, thèse citée, p. 147.

(11) La même question s'est posée en droit français pour l'inaliénabilité dotale. Cf. PLANIOL, III, 2<sup>e</sup> éd., n° 1524. Cf. BONNECASE, in Supplément au *Traité* de BAUDRY-LACANTINERIE, t. VI, n° 191 et s.

(12) BINET, thèse citée, p. 148.

(13) Cf. BONNECASE, in Supplément cité, t. VI, n° 161, 164 et s. — BEUDANT : *L'état et la capacité des personnes*, t. II, n° 668 et 670. — JOSSERAND, t. III, n° 100.

(14) Cf. *infra*, n° 23 et 137.

défaut de pouvoirs. Ainsi nous constaterons que la femme peut attaquer elle-même les actes de disposition qu'elle a passés en fraude des droits du mari ; en serait-il ainsi s'il s'agissait de pouvoirs dépassés ? Les Motifs eux-mêmes reconnaissent que la sanction applicable à ces actes de disposition est la même que pour les incapables (15) ; M. Lyon-Caen accuse le BGB. de manquer sur ce point d'élégance et de logique (16). Aussi certains auteurs, particulièrement au début du siècle, ont-ils considéré la femme mariée comme limitée dans sa capacité, en ayant soin d'ajouter sa « capacité de disposer » et les Allemands eux-mêmes ne se sont pas fait faute de rapprocher la situation de l'épouse de celle d'une incapable (17).

Personnellement, nous croyons plus conforme à l'élégance juridique et à l'exactitude doctrinale de distinguer capacité et pouvoirs de la femme mariée et il nous paraît souhaitable que cette distinction se répande davantage dans la doctrine française (18).

Ayant insisté sur ce problème, nous poursuivons la comparaison des droits allemand et français en étudiant d'abord la capacité patrimoniale de l'épouse, envisagée dans son principe indépendamment des régimes, puis les pouvoirs que les divers régimes reconnaissent à la femme mariée.

(15) MOT., p. 225, t. IV.

(16) LYON-CAEN, pp. 191 et 192.

(17) Cf. KADEN, in *EnglHW.*, t. II, p. 715 mais surtout WOLFF, *Familienrecht*, p. 206, § 53, I, « Die Ehefrau die über eingebrachtes Gut verfügen will, wird ähnlich einer Minderjährigen behandelt » (Erinnerung an die Zeiten der Muntbedürftigkeit der Frau, cf. CROME, § 579<sup>16</sup>). Cf. JEPPE, in *Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass-Lothringen* 26, p. 266.

(18) Cette distinction nous paraît indispensable, si le projet René RENOULT est définitivement adopté en France. Cf. *infra*, notre Conclusion.

## I. — CAPACITÉ PATRIMONIALE

12. Nous rappelons qu'en cette matière nous rencontrons dans nos pays des systèmes opposés ; en France, la femme mariée est en principe incapable et ne peut agir sans l'autorisation du mari ou de la justice (nous verrons toutefois qu'il faut faire certaines réserves) tandis que la femme allemande est pleinement capable (1), quitte à voir ses pouvoirs diminués par le régime matrimonial.

Suivant toujours le plan de M. Lyon-Caen, nous considérerons successivement la capacité à l'égard du mari, puis à l'égard des tiers.

## A. — Capacité de la femme à l'égard du mari

13. Le Code civil français, paraissant sur ce point baser l'incapacité de la femme uniquement sur le principe de la puissance maritale, rend à l'épouse son entière liberté quand il s'agit de traiter avec le mari ; cette liberté existe de même en Allemagne en vertu des principes généraux (2).

Le sénatus-consulte velléien ayant disparu de nos deux pays, la femme peut y intercéder en faveur de son mari (3) ; la jurisprudence allemande reconnaît « à la femme le droit d'hypothéquer seule un de ses immeubles en faveur de son mari, même quand cet immeuble ne fait pas partie du Vorbehaltsgut (4). En principe la femme française peut

(1) On chercherait vainement cette affirmation dans le BGB. ; elle résulte des principes généraux et a paru tellement naturelle qu'on n'a pas jugé opportun de la produire expressément. Cf. LYON-CAEN, p. 136, § II.

(2) Cf. LYON-CAEN, pp. 133 et 134.

(3) En France, ce sera souvent sous forme de renonciation à son hypothèque légale. En Suisse, on trouve encore à l'heure actuelle des vestiges du velléien.

(4) LYON-CAEN, p. 135, note 2.

passer avec son mari tous contrats ; cependant le Code civil interdit indistinctement aux deux époux de réaliser une vente entre eux, ou une dation en paiement, tandis qu'en Allemagne tous les contrats entre époux sont permis (§ 1406 al. 3 BGB.) ; les tiers peuvent cependant sous certaines conditions attaquer (*anfechten*) (5) les donations (§ 1647 BGB.) pour éviter la fraude ; en France les donations entre époux sont également soumises à des conditions spéciales.

Nos deux législations sont donc assez voisines sur ce chapitre, elles n'apportent guère de restrictions à la liberté des époux que dans l'intérêt des tiers, mais la jurisprudence française interdit la société entre époux (6) absolument admise en Allemagne.

#### B. — Capacité de la femme à l'égard des tiers

14. Nous allons envisager les actes que les femmes française et allemande peuvent faire toutes deux, puis les actes permis à l'épouse allemande et impossibles à la française, successivement en matière d'actes judiciaires puis extra-judiciaires.

##### a) ACTES JUDICIAIRES

15. Tandis que « la femme française ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari » (art. 215 C. civ.), quel que soit le rôle de la femme dans l'instance et quel que soit le régime matrimonial (7), la femme allemande jouit pleinement de la capacité d'ester en justice (§ 52 ZPO.) (8). Mais il faut ajouter pour atténuer cette opposition qu'il existe

(5) LYON-CAEN, p. 135 et note 1 même page.

(6) LYON-CAEN et RENAULT, I, n° 254 et II, n° 77. — Cass., 9 nov. 1859, S. 60.1.74 ; Lyon, mars 1866, S. 67.2.46.

(7) Cf. COLIN et CAPITANT, t. 1, n° 611, pp. 644 et 645.

(8) Cf. LYON-CAEN, p. 140, 3° et note 3 même page.

quelques exceptions à l'incapacité en France et que certaines conséquences du régime empêchent parfois la femme allemande d'avoir qualité pour ester en justice.

*a) Actes permis à la femme mariée dans nos deux pays*

1° Certains procès contre le mari. En France la femme n'a pas besoin d'autorisation dans les instances en divorce ou en séparation de corps (9). Il en est de même en Allemagne où la femme peut en outre engager seule certaines instances relatives aux biens soumis aux droits maritaux ; il s'agit là d'une question de pouvoirs que nous examinerons ultérieurement (10).

2° La femme française peut être « poursuivie en matière criminelle ou de police sans autorisation du mari » (art. 216 C. civ.) (11) ; la situation est la même en Allemagne où la femme peut de plus « agir seule au criminel, déposer une plainte entre les mains du ministère public » (12).

3° La femme française peut encore défendre seule à un appel ou à un pourvoi en cassation.

*β) Actes possibles à la femme allemande et impossibles à la femme française*

En dehors des exceptions ci-dessus, la Française ne peut faire seule aucun acte judiciaire tandis que l'Allemande peut intenter seule tout procès et y défendre. Nous verrons cependant quelles limites les divers régimes fixent à l'activité de l'épouse (13).

(9) COLIN et CAPITANT, n° 611-3°, p. 645.

(10) Cf. LYON-CAEN, p. 141 et *infra*, n° 28.

(11) COLIN et CAPITANT, t. I, n° 612, p. 645.

(12) LYON-CAEN, p. 141.

(13) Cf. *infra*, n°s 19 et s., et LYON-CAEN, p. 141.



## b) ACTES EXTRA-JUDICIAIRES

a) *Actes possibles à la femme mariée  
dans nos deux pays*

**16. 1° Les dispositions à cause de mort.** — En France la femme peut tester sans l'autorisation de son mari (art. 226 C. civ. et 905 al. 2) (1) ; elle peut révoquer seule un testament ou une donation qu'elle aurait faite à son mari pendant le mariage (art. 1096 C. civ.). La femme allemande peut de même disposer à cause de mort de tous ses biens indistinctement soit par acte unilatéral soit par contrat (*Erbvertrag*) (§§ 1937 et 1941 BGB.) quel que soit son régime matrimonial. La femme n'est limitée dans sa capacité ou ses pouvoirs à cet égard ni en France ni en Allemagne, car de telles dispositions ne s'exécutent qu'au décès de la femme et par conséquent après la dissolution du mariage.

**2° Obligations légales et spécialement délictuelles.** — En France, la femme est capable en matière d'obligations délictuelles et légales (gestion d'affaires par exemple) en vertu des art. 1375, 1382, 1383 C. civ. Ceci restreint singulièrement l'incapacité contractuelle de la femme, car si un contrat a tourné à son profit elle est tenue dans la mesure de son enrichissement, et indépendamment de tout enrichissement elle est valablement obligée lorsqu'elle a eu recours à des manœuvres frauduleuses, mais une simple déclaration de capacité ne suffit pas. La femme allemande, pleinement capable est naturellement obligée par ses délits ou autres obligations légales.

Puisque en ce domaine la femme française et la femme allemande sont toutes deux capables, une question de pou-

(1) Cf. COLIN et CAPITANT, t. I, n° 614 bis 2°, p. 648 ; LYON-CAEN, p. 138.

voirs se posera, nous l'étudierons après avoir exposé les règles du régime (2).

3° *Epargne*. — Un certain nombre de lois ont, en France, même avant 1903, élargi la capacité de la femme mariée pour protéger ses gains et salaires, ce sont : la loi du 9 avril 1881 qui permet à la femme de se faire délivrer des livrets par la caisse d'épargne postale (art. 6), d'y opérer des dépôts et retraits de fonds sans autorisation du mari ; la loi du 20 juillet 1895 (3) applicable à toutes les caisses d'épargne et qui permet aux déposantes (art. 16 et 17) de se pourvoir en justice contre les oppositions du mari ; la loi du 20 juillet 1886 sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, qui admet les femmes mariées à faire des versements sans l'assistance de leur mari, quel que soit le régime matrimonial (art. 13) (4). Nous ne connaissons rien de spécial sur ce sujet dans la législation allemande mais l'institution des biens réservés permet à l'épouse de jouir non seulement d'une pleine capacité mais encore de pleins pouvoirs sur une certaine masse de ses biens qui comprend précisément sous le régime légal les salaires et produits du travail de la femme (5).

4° *Pouvoir ménager*. — La femme mariée peut dans nos deux pays accomplir seule les actes ménagers, mais il ne s'agit pas là de capacité patrimoniale, puisqu'elle agit à titre de représentant.

5° *Divers*. — La femme française peut encore faire seule les actes relatifs aux droits de famille (reconnaissance d'un

(2) Cf. *infra*, n° 26.

(3) D. P. 96.4.1.

(4) COLIN et CAPITANT, t. I, n° 617, pp. 651 et 652.

(5) Cf. LYON-CAEN, p. 154. Pour le fonctionnement pratique des lois précitées et les rapports de la femme avec les banques et caisses d'épargne, cf. n°s 83 et s.

enfant naturel par exemple), les actes conservatoires (6), tous actes permis à la femme allemande en raison de sa capacité.

Il ne faut pas oublier, quand on compare la situation de la femme française à celle de la femme allemande, que, depuis la loi du 6 février 1893, la femme française séparée de corps jouit de sa pleine capacité civile (art. 311, al. 3, C. civ.) (7) c'est-à-dire que son sort est le même que celui de la femme allemande sous le rapport de la capacité ; quant aux pouvoirs nous en réservons l'étude (8).

En France, la femme mariée peut aussi s'affilier à une société de secours mutuels, sans autorisation maritale, en vertu de la loi du 1<sup>er</sup> avril 1898 (9), mais elle ne peut sans le consentement du mari diriger ou administrer une telle société (art. 3) ; dans cette dernière hypothèse la femme allemande serait soumise éventuellement à la résiliation du § 1358 BGB. (10).

### β Actes possibles aux femmes allemandes et impossibles aux femmes françaises

17. En dehors des actes prévus ci-dessus, la femme française est toujours incapable tandis que les seuls actes impossibles à l'épouse allemande sont en règle générale les actes de disposition sur les biens soumis aux droits du mari (11), mais il s'agit alors d'une question de pouvoirs dépendant du régime et dont nous renvoyons l'étude à plus tard (12).

(6) COLIN et CAPITANT, n° 614 bis, pp. 647 et 648.

(7) COLIN et CAPITANT, t. I, n° 616, p. 651.

(8) Cf. *infra*, n°s 19 et s.

(9) D. P. 99.4.26 ; cf. COLIN et CAPITANT, t. I, n° 617, p. 652.

(10) Cf. *supra*, n° 8.

(11) LYON-CAEN, pp. 137 à 140 ; la femme allemande ne peut pas davantage offrir en gage à ses créanciers les biens appartenant à la masse unitaire.

(12) Cf. *infra*, n°s 19 et s.

Nous ne traiterons donc ici que de la capacité abstraite et non des pouvoirs de la femme en pratique.

1° *Aliénations*. — Ces actes sont interdits à la femme française qui ne peut ni donner, ni aliéner, ni constituer une hypothèque (art. 217 C. civ.) ou un droit réel ni transiger (13), tous actes que la femme allemande peut faire seule, elle n'est pas frappée dans sa capacité mais éventuellement dans son pouvoir d'aliéner (14).

2° *Ventes*. — Nous ne rangeons pas la vente dans les aliénations car en Allemagne la vente n'est pas translatrice de propriété : elle est seulement un contrat obligatoire, mais les solutions sont les mêmes que pour les aliénations.

3° *Acquisitions*. — L'achat est interdit à la femme française parce qu'il comporte l'obligation de payer le prix. La loi soumet les acquisitions à titre gratuit, même lorsqu'elles ne comportent pas de charges, à l'approbation maritale pour des raisons morales (art. 217 et 934 C. civ.) (15). La femme allemande n'est l'objet d'aucune restriction à cet égard, sauf les réserves provenant du régime (16).

4° *Questions successorales*. — La femme française ne peut accepter une succession (art. 776 C. civ.) sans assentiment marital, alors que l'épouse allemande peut faire cet acte seule (§§ 1406, 1 et 1453) ; son mari peut d'ailleurs se garantir, si la succession devait grever la masse sur laquelle il a des droits (17).

Quant aux répudiations de successions, nous ne les ran-

(13) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, pp. 331 et s.

(14) LYON-CAEN, pp. 137 et 142, note 3.

(15) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, pp. 331 et s.

(16) Cf. LYON-CAEN, p. 145, pour la donation avec charge (*belastete Schenkung*) et la restriction due à l'enrichissement sans cause (LYON-CAEN, p. 201).

(17) LYON-CAEN, pp. 142 et 143.

geons pas plus que les ventes dans les aliénations, car, en Allemagne, la saisine est censée ne pas s'être réalisée à cause de l'effet rétroactif de la répudiation (§§ 1953 et 2180 BGB.) ; il ne s'agirait alors que d'une « acquisition manquée » (18).

L'épouse française ne peut répudier seule un legs ou une succession, tandis que cet acte est possible à la femme allemande, quelle que soit la masse à laquelle appartiendrait la succession (19).

D'autre part, la femme allemande peut renoncer seule à sa réserve héréditaire (Pflichtteil §§ 1406-1 et 1453 BGB.) (20); elle peut le faire dès avant l'ouverture de la succession ce que la Française ne saurait faire même du consentement du mari (21).

5° *Obligations conventionnelles et engagements unilatéraux.* — L'énumération de l'article 217 C. civ. n'est pas limitative et la femme française ne peut s'obliger sans autorisation ; son incapacité s'étend aussi bien aux engagements unilatéraux qu'aux contrats (art. 1124 C. civ.) (22) tandis que la femme allemande « n'a pas besoin de l'assentiment du mari pour les actes juridiques par lesquels elle s'oblige à une prestation » (§ 1399 BGB. al. 1).

A titre d'exemple, l'épouse française se voit interdire parmi les contrats le prêt, le cautionnement et même les actes d'administration tels que le bail et le marché de fournitures (23). Tous ces actes sont permis à la femme alle-

(18) LYON-CAEN, p. 142, note 3.

(19) Cf. ROUAST, *loc. cit.* ; LYON-CAEN, p. 142 b, §§ 1406 et 1453 BGB. ; WOLFF, § 53, I, 1, p. 207.

(20) Cf. WOLFF, § 53, t. I, 2, b, p. 208 et *Sonderverfügungen*, § 54, I, 3, p. 213. — LYON-CAEN, p. 142, où il signale la critique de MITTEIS.

(21) Cf. André TRASSBOT in PL. et RIPERT, t. V, n° 28, p. 32.

(22) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, p. 331. — COLIN et CAPITANT, t. I, n° 613, p. 647.

(23) Exception faite pour le pouvoir ménager ; mais la femme n'agit



mande, même s'ils concernent les biens soumis, en vertu du régime matrimonial, aux droits du mari ; mais c'est alors la question des biens servant de gage aux créanciers qui entre en jeu (24).

En France, en 1903, la femme ne peut être tutrice (25), ce qui lui est possible à l'époque en Allemagne ; mais la femme mariée doit avoir l'autorisation maritale (§ 1783 BGB.) (26).

### C. — Conclusion

18. Si nous cherchons, après ce bref examen, à nous faire une idée d'ensemble, nous arrivons à cette conclusion que, sous le rapport de la capacité patrimoniale, la femme mariée est dans une situation très privilégiée en Allemagne ; pour elle la capacité est la règle tandis qu'elle n'est que l'exception pour la Française.

L'épouse allemande peut librement passer tous actes avec son mari et faire vis-à-vis des tiers tous actes judiciaires ou extra-judiciaires. La Française n'est dans le même cas que lorsqu'elle est séparée de corps ; encore ne faut-il pas oublier que les actes entre époux se font moins librement en France qu'en Allemagne et que des clauses de dotalité peuvent limiter les pouvoirs de l'épouse française. Lorsque cette dernière n'est pas séparée de corps, elle ne peut, à de rares exceptions près, ni ester en justice ni faire des actes d'aliénation ni s'obliger comme la femme allemande.

C'est seulement lorsqu'il s'agit de dispositions à cause de mort, d'obligations délictuelles ou légales et d'épargne

alors qu'à titre de représentant et sa capacité n'est pas en jeu, mais seulement ses pouvoirs.

(24) Cf. LYON-CAEN, pp. 139 et 140 et *infra*, n° 27.

(25) Disposition modifiée par la loi du 20 mars 1917, cf. *infra*, n° 37.

(26) § aujourd'hui abrogé par la loi de 1922, cf. *infra*, n° 41.

que la femme française se trouve dans la même situation que l'épouse allemande.

Si nous nous en tenions à l'étude de la capacité, nous nous ferions peut-être une idée très fautive des situations comparées des femmes allemande et française. Il nous faut, pour connaître pratiquement les possibilités de l'épouse dans nos pays, compléter notre étude en examinant non plus cette capacité abstraite et théorique, mais les pouvoirs accordés par les divers régimes matrimoniaux à la femme mariée. C'est seulement alors que nous pourrions nous rendre un compte exact de la situation véritable et voir si en réalité les systèmes français et allemand sont aussi différents qu'on pourrait le croire *a priori*.

## II. — POUVOIRS DE LA FEMME MARIÉE SOUS LES DIVERS RÉGIMES MATRIMONIAUX

19. Avant d'aborder cette question, il est indispensable de rappeler brièvement l'économie générale des régimes matrimoniaux allemands ; c'est l'étude à laquelle nous allons maintenant procéder afin de pouvoir exposer ensuite quelles sont les extensions ou les restrictions que les divers régimes apportent aux pouvoirs de la femme mariée.

### A. — Economie générale des régimes matrimoniaux allemands

20. Le droit allemand connaît comme le droit français le principe de la liberté des conventions matrimoniales (1) ; il prévoit aussi un régime légal destiné à régler les rapports pécuniaires des époux mariés sans contrat.

(1) Toutefois les époux allemands ne peuvent exercer leur choix que dans le cadre des régimes prévus par le BGB., cf. WOLFF, § 41, IV, 3, p. 159.

Mais le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales admis en France n'existe pas en Allemagne, où les époux peuvent, au cours de l'union, changer non seulement certaines clauses de leur contrat, mais le régime tout entier ; ces modifications reçoivent alors publicité au registre matrimonial des biens (*Güterrechtsregister*).

Contrairement à ce qui se passe en France, où les personnes jouissant d'une certaine fortune font habituellement un contrat de mariage, peu d'époux allemands adoptent un régime conventionnel (2) ; le régime légal est donc de beaucoup le plus répandu, et c'est à lui surtout que nous consacrerons nos développements, en envisageant la question sous l'angle particulier des droits de la femme.

#### a) LE RÉGIME LÉGAL

21. Bien qu'on l'ait appelé parfois communauté d'administration (*Verwaltungsgemeinschaft*) (1), le régime légal allemand (2) ou « régime d'administration et de jouissance du mari » (*Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutzniessung*) (3) n'est pas, comme notre régime légal français, un régime de communauté ; c'est, a-t-on pu dire, un régime de séparation quant au fond et d'union quant à la forme ; en effet, chacun des époux conserve la propriété

(2) Il en était déjà ainsi en 1903 et il en est de même aujourd'hui. Voir pour 1903 les statistiques partielles indiquées par M. LYON-CAEN, p. 157, note 1 (France) et son appendice, pp. 377 et s., particulièrement p. 379 (Allemagne). — Nous n'avons pu, pas plus que M. LYON-CAEN, trouver une statistique générale relative aux régimes matrimoniaux ; nous communiquons cependant certains renseignements partiels empruntés à MM. NUSSBAUM et HÖRNER (cf. *infra*, Annexes A et B).

(1) Cf. LYON-CAEN, p. 150 et note 1 même page.

(2) §§ 1363 et s. BGB. ; sur le régime allemand, cf. LYON-CAEN, pp. 156 et s.

(3) Parmi les ouvrages plus récents, cf. WOLFF, §§ 45 et s. ; cf. MITTEIS, §§ 20 et s., pp. 44 et s. ; cf. LEHMANN, §§ 13 et s., pp. 83 et s.

de ses biens et répond personnellement de ses dettes ; mais le patrimoine de la femme y est scindé en deux masses : les biens réservés (*Vorbehaltsgut*) (4) et les biens d'apport (*Eingebrachtes Gut*) (5).

Les biens réservés sont administrés par la femme qui en dispose à son gré, tandis que les biens d'apport sont soumis pendant la durée de l'union à la jouissance (*Nutzniesung*) et à l'administration (*Verwaltung*) du mari. Les biens du mari et l'*Eingebrachtes* de la femme forment donc en quelque sorte une seule masse, économiquement mais non juridiquement parlant. A la dissolution du régime, la femme doit recouvrer le capital de ses apports ; elle n'a aucune part aux acquêts conformément au vieil adage germanique : « *Frauengut soll weder wachsen noch schwinden* » (6) mais contrairement à la femme française (7). Cette mesure sévère pour la femme allemande est heureusement corrigée par le droit successoral du conjoint survivant.

Nous allons envisager successivement quels sont les biens rentrant soit dans la catégorie du *Vorbehaltsgut* soit dans celle de l'*Eingebrachtes*, quels sont les pouvoirs du mari sur les apports de sa femme (7<sup>a</sup>), les garanties de la femme à cet égard et les règles relatives à la preuve des reprises ; nous nous demanderons pour terminer de quel régime français le régime légal allemand se rapproche davantage.

Rentrent dans la catégorie des biens réservés légaux (8)

(4) §§ 1366 et s. BGB.

(5) § 1363 BGB.

(6) Cf. LYON-CAEN, p. 162, note 2 ; WOLFF, § 40, note 7, p. 150.

(7) Nous négligeons le régime sans communauté, si peu usité en France.

(7<sup>a</sup>) Les pouvoirs de la femme sur les apports seront étudiés plus loin, cf. n<sup>o</sup> 23 et s.

(8) Sont bien réservés conventionnels ceux qui sont déclarés tels par contrat de mariage ou sont légués ou donnés à cette condition.

les objets destinés à l'usage personnel de la femme : vêtements, parures, instruments de travail, ainsi que les salaires et autres revenus du travail, enfin les biens acquis en remplacement des biens réservés, en vertu du principe de la subrogation réelle (9).

En dehors de ces cas limitatifs, tous les biens apportés par la femme au moment de son mariage et les acquêts sont *eingebrahtes Gut*.

De ces biens d'apport le mari a la possession ainsi que l'administration et la jouissance. Tout d'abord il a la possession de ces biens (§ 1373 BGB.) (10) et doit les administrer en bon père de famille (§ 1374 BGB.). En principe il ne peut en disposer qu'avec le concours de la femme (§ 1375 BGB.) (11), ou éventuellement, en cas de refus injustifié de cette dernière, avec l'autorisation du Tribunal des tutelles (§ 1379 BGB.) (12) mais il peut seul et dans une certaine mesure disposer de l'argent liquide et des biens consommables (13). Le mari a encore la jouissance des biens d'apport, mais c'est à lui qu'incombent les charges du ménage et la femme peut exiger qu'il y affecte le revenu net desdits biens, quand les nécessités de l'entretien de l'épouse et des enfants le réclament (§ 1389 BGB.) (14). Le mari peut faire valoir en justice en son nom un droit faisant partie de l'*Eingebrachtes* (§ 1380 BGB.) (15).

(9) LYON-CAEN, pp. 204 et s.

(10) LYON-CAEN, pp. 167 et 168.

(11) LYON-CAEN, pp. 171 et 172.

(12) LYON-CAEN, pp. 169 et s. Notons en passant que ce recours au juge est impossible en Suisse sous le régime actuel ; le mari peut seulement y provoquer dans ce cas la séparation de biens (art. 184, al. 2 CCS.).

(13) LYON-CAEN, p. 167. En Suisse, actuellement, le mari peut disposer des biens fongibles de la femme (art. 201 CCS.) ; mais, contrairement au mari allemand, il en devient propriétaire à la manière d'un quasi-usufruitier.

(14) LYON-CAEN, p. 174.

(15) LYON-CAEN, p. 173.



Pour se protéger contre la mauvaise gestion des apports par le mari, la femme allemande ne dispose pas d'une hypothèque légale et M. Lyon-Caen apprécie sur ce point la législation allemande (16) ; la femme peut cependant, indépendamment de son droit habituel de contrôle (17), recourir à des garanties immédiates dans certaines circonstances (18) et requérir soit une prestation de sûretés, soit la consignation des titres faisant partie des apports, soit la conversion des titres au porteur en titres nominatifs (§§ 1391 et 1392) (19). Ces paragraphes font exception au principe général en vertu duquel la femme ne peut faire valoir ses prétentions contre le mari qu'à la cessation de la jouissance et administration de ce dernier (§ 1394) (20). La femme peut dans certains cas requérir cette cessation (§ 1418 BGB.) (21).

Le régime est alors commué en celui de la séparation de biens (cf. § 1426 BGB.) (22) ; cette transformation a lieu d'office en cas de faillite (*Konkurs*) du mari (§ 1419 BGB.)

En ce qui concerne la preuve des reprises sous le régime légal, c'est la présomption mucienne (§ 1362 BGB.) qui entre en jeu, c'est-à-dire que sont présumés propriété du mari, en faveur des créanciers, certains meubles corporels à l'exclusion cependant des vêtements, parures et instruments de travail de la femme.

(16) LYON-CAEN, p. 177.

(17) LYON-CAEN, p. 179.

(18) Cf. LYON-CAEN, pp. 181 et s.

(19) LYON-CAEN, pp. 191 et s. Nous signalons que le texte du § 1392 BGB. a été modifié par une ordonnance du 19 mars 1933 (RGBl. I, p. 19), cette modification vise seulement les établissements où peut se faire la consignation.

(20) LYON-CAEN, p. 174.

(21) LYON-CAEN, p. 183.

(22) Cf. LYON-CAEN, pp. 243 et 244.

Maintenant que nous connaissons l'ossature du régime légal allemand (23) nous pouvons chercher à le comparer à un régime français. Il comporte une séparation de biens partielle ; il est analogue au régime sans communauté du droit français mais s'en différencie par l'existence de biens réservés au profit de la femme ; ceux-ci n'étaient pas encore introduits chez nous en 1903, mais étaient depuis quelques années fort réclamés dans certains milieux (24). Comme le fait remarquer M. Lyon-Caen, le régime de « *Nutzniessung und Verwaltung* » du mari ressemble au régime dotal, mais avec ces deux différences qu'il ne comporte pas d'inaliénabilité dotale et que les paraphernaux (*Vorbehaltsgut*) sont l'exception (25) ; il ressemble encore dans une certaine mesure à la communauté d'acquêts (26), mais, mariée sous le régime légal, la femme allemande n'a pas de part aux acquêts.

#### b) AUTRES RÉGIMES

**22.** Le droit allemand connaît, comme nous l'avons vu déjà (1), un régime légal subsidiaire : la séparation de biens (*Gütertrennung* §§ 1426 BGB. et s.) qui peut être égale-

(23) Le régime légal actuel en Suisse, « l'union des biens », est un régime semblable, mais qui en diffère par la participation de la femme aux acquêts (art. 214 CCS.).

(24) LYON-CAEN, p. 369, note 2.

(25) LYON-CAEN, note 1, p. 157. Cf. ce que dit le Professeur WOLFF sur l'influence du régime dotal romain sur la formation du régime légal allemand, in *Familienrecht*, § 40, III, p. 151.

(26) Il peut être intéressant à cet égard de savoir que les époux mariés sans contrat avant 1925 dans les départements d'Alsace et de Lorraine et n'ayant pas exercé leur faculté d'option ont vu leur régime (le régime légal allemand) commué en communauté réduite aux acquêts par la loi de 1924. Cf. DEGAND, in *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, publié par M. NIBOYET, t. I, v° *Régime matrimonial*, n° 92, p. 534.

(1) Cf. *supra*, n° 21,

ment adopté par convention. Chacun des époux y conserve non seulement la propriété mais encore l'administration et la jouissance de son patrimoine dont il a le droit de disposer. Le mari supporte les charges du ménage (*ehelicher Aufwand*) mais la femme doit y contribuer dans une mesure équitable (§ 1427) (2).

En dehors de la séparation de biens, tous les régimes conventionnels sont des régimes de communauté (3) ; ils sont tous caractérisés par la création d'une masse commune (*Gesamtgut*) soumise à l'administration du mari. Pour se protéger contre la mauvaise gestion de la communauté par le mari, la femme peut, à certaines conditions, obtenir dissolution de la communauté (§ 1468 BGB.). Relativement à la preuve des reprises, les biens sont présumés appartenir à la communauté.

**B. — Effets généraux des régimes matrimoniaux  
français et allemands relativement à la capacité  
et aux pouvoirs de la femme mariée**

**23.** Le régime matrimonial peut ne pas toucher à la capacité mais il peut l'élargir comme il peut aggraver l'incapacité ; il peut encore étendre ou restreindre les pouvoirs de la femme.

1° *Effets restrictifs.* — L'incapacité de la femme française est considérée par certains auteurs comme étant aggravée par le régime dotal (1) ; en raison de l'inaliénabilité de

(2) LYON-CAEN, p. 243.

(3) Universelle (*allegemeine Gütergemeinschaft*, §§ 1427 BGB. et s.). Cf. LYON-CAEN, pp. 244 et s., — de meubles et acquêts (*Fahrnisgemeinschaft*, §§ 1549 BGB. et s.), — communauté réduite aux acquêts (*Errungenschaftsgemeinschaft*, §§ 1519 BGB. et s.).

(1) Cf. BONNECASE, Supplément au *Traité* de BAUDRY-LACANTINERIE, t. VI, n° 191, p. 265.

certains biens, il s'y trouve des actes interdits même à la femme autorisée ; nous parlerions plus volontiers ici d'une indisponibilité des biens dotaux et d'une restriction aux pouvoirs de la femme.

De même, en Allemagne, malgré le principe de pleine capacité de la femme mariée, la plupart des régimes matrimoniaux ont pour effet de limiter considérablement les pouvoirs de la femme, ceux-ci se trouvant en quelque sorte paralysés par les pouvoirs du mari sur les biens d'apport ou la masse commune. Les Allemands traduisent ces effets en disant que la femme, pleinement capable, est atteinte dans son droit, son pouvoir de disposer (1<sup>a</sup>) (*Verfügungsrecht, Verfügungsbefugnis* ; §§ 1395, 1396, 1398 BGB. pour le régime légal, § 1442 pour la communauté). A quelques exceptions près, la femme a donc besoin de l'autorisation maritale pour disposer des biens d'apport et des biens communs et même pour les engager (§ 1399) ; ceci fait prévoir que la liberté d'action de la femme mariée allemande se trouvera très réduite et que sa situation va se rapprocher de celle de l'épouse française.

2° *Effets extensifs.* — Inversement le régime matrimonial peut atténuer l'incapacité ; c'est le cas de la séparation de biens en France qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle (2). Lorsque la séparation de biens s'accompagne d'une séparation de corps, la femme recouvre sa pleine et entière capacité ; elle se trouve alors dans la même situation que la femme allemande mariée sous le régime légal relativement à sa capacité, mais dans une situation beaucoup plus indépendante

(1<sup>a</sup>) Cf. LYON-CAEN, p. 200.

(2) Cf. BONNECASE, Supplément au *Traité* de BAUDRY-LACANTINERIE, t. VI, n° 186, p. 257.

relativement à ses pouvoirs qui ne peuvent être limités éventuellement que par des clauses de dotalité. En l'absence de ces clauses, l'épouse française séparée de corps a rigoureusement la même situation que la femme séparée de biens allemande, dont la capacité est conservée intacte par le régime. La demi-capacité de la Française qui est seulement séparée de biens et non de corps consiste en ceci qu'elle peut faire des actes d'administration mais non de disposition.

24. Cette distinction nous rappelle que la femme allemande voit souvent aussi restreindre son droit d'accomplir des actes de disposition ; ceci nous conduit à nous demander si, sous ce vocable de disposition, on désigne la même chose en France et en Allemagne. Sont-ce les mêmes actes qui sont interdits à la femme allemande relativement aux apports ou aux biens communs et à l'épouse française séparée de biens ? Il nous a paru d'autant plus difficile d'élucider cette question que les auteurs ne sont pas d'accord en France sur la définition des actes de disposition, qui ne figure pas dans le code ; de même le BGB. n'a pas donné de définition de la « *Verfügung* » (2<sup>a</sup>).

Voici cependant les remarques que nous pouvons faire à ce sujet. Tandis que la jurisprudence (3) oppose en France l'acte d'administration à l'acte de disposition, en Allemagne c'est la capacité de s'obliger (*Verpflichtungsfähigkeit*) que l'on oppose au pouvoir de disposer (*Verfügunngsmacht*).

La notion d'acte de disposition (*Verfügung*) est plus étendue en Allemagne que celle d'aliénation (*Veräußerung*) et comprend tout acte ayant pour but de céder, grever, étein-

(2<sup>a</sup>) Acte de disposition.

(3) Cf. JOSSEFAND, t. III, n° 530, p. 280.



dre un droit (4), que ce soit par convention, jugement ou saisie. En France, actes d'aliénation et actes de disposition ne se confondent pas davantage ; ainsi une aliénation peut n'être pas un acte de disposition quand elle est faite pour cause d'administration (5).

A l'acte de disposition allemand (*Verfügung*) s'oppose l'obligation (*Verpflichtung*) par laquelle on ne fait que s'engager à une prestation. Le droit allemand distingue ici entre l'acte causal (*Kausalgeschäft*) et l'acte abstrait (6) ; ainsi la vente, n'étant pas translatrice de propriété, est simplement à mettre au rang d'un contrat obligatoire et la vente d'un bien d'apport n'est pas une *Verfügung*.

En quoi l'acte de disposition s'oppose-t-il en droit français à l'acte d'administration ? La question est étudiée dans les traités au sujet de la femme séparée de biens ; elle est assez controversée ; le critère de la distinction doit-il être juridique ou économique ? (7).

On s'accorde cependant à reconnaître à la femme séparée de biens des droits plus étendus que ceux de pure administration du mineur (art. 481 C. civ.) (8).

En définitive, il semble bien qu'on ne puisse assimiler la « *Verfügung* » à l'acte de disposition de la femme séparée

(4) Cf. PLANCK, *Komm.*, 3<sup>e</sup> éd. 1902, t. I, p. 185 et LYON-CAEN, p. 190, note 1. On peut disposer non seulement d'un objet corporel mais d'un droit tel que propriété, droit réel, droit de créance.

(5) Cf. JOSSERAND, *loc. cit.* — Cf. BONNECASE, (in Supplément au *Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. VI, n° 190, p. 264) qui fait intervenir ici la notion d'acte de gestion.

(6) Cf. LOUIS OSIAS, *L'acte abstrait en droit comparé*, 1924, cf. WOLFF, § 53, I, 2 b, p. 208 et note 12 même page.

(7) Cf. ANDRÉ TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*. Thèse, Bordeaux, 1921.

(8) COLIN et CAPITANT, t. III, pp. 265 et s. — JOSSERAND, t. III, n° 535, p. 282 ; ainsi la femme peut recevoir un capital et en donner quittance (Req., 12 juin 1901, S. 1902.1.124, D. P. 1902.1.55). — Cf. BONNECASE, in *Supplément cité*, t. VI, n° 190, p. 264.

française, car nos deux droits partent de points de vue différents ; si l'acte de disposition ne se confond en aucun des deux pays avec l'aliénation, il semble bien qu'en Allemagne tout acte d'aliénation soit habituellement considéré comme un acte de disposition (9), tandis qu'en France une aliénation de peu d'importance peut dans certains cas être un acte d'administration et par conséquent ne pas rentrer dans la catégorie des actes de disposition. Si donc nous continuons à appeler la « Verfügung » acte de disposition, pour suivre les auteurs de langue française qui ont traité de la question et faute d'un terme plus approprié, nous insistons sur ce point qu'il faut comprendre sous ce vocable des réalités différentes dans les deux pays ; chaque fois que nous parlerons à propos du droit allemand de disposition ou d'acte de disposition, il doit être bien entendu que c'est la « Verfügung » que nous avons en vue.

Après ces considérations générales, nous passons à l'examen des pouvoirs de la femme sous les divers régimes.

#### C. — Pouvoirs de la femme mariée sous les divers régimes matrimoniaux

25. Nous allons envisager successivement les actes d'aliénation et de disposition, les obligations conventionnelles et engagements unilatéraux et enfin les actes judiciaires.

##### a) ACTES D'ALIÉNATION ET DE DISPOSITION (1)

Ces actes sont interdits en principe à toute femme, quel que soit son régime en France (2) ; cependant la femme

(9) *Contra* : RAMPOHR in GRUCHOT 44, pp. 324 et s.

(1) Nous avons vu déjà (cf. *supra*, n° 16) que les dispositions à cause de mort étaient soumises, tant en Allemagne qu'en France, à un régime plus favorable.

(2) En effet l'art. 1388 du C. civ. interdit au mari de donner, sous la

séparée de biens peut par exemple vendre des fruits et meubles destinés à être vendus tels que bestiaux, produits agricoles. Sauf les cas où l'acte d'aliénation ou de disposition est entrepris pour cause d'administration, la femme séparée de biens ne peut aliéner ni meubles ni immeubles (3) ; elle ne peut davantage constituer des droits réels (art. 217 C. civ.) parce que l'incapacité est une conséquence du mariage et non du régime.

Sous le régime légal ou les régimes communautaires la femme allemande ne peut accomplir lesdits actes que sur ses biens réservés, car elle se heurte, relativement à ses apports *Eingebrachtes Gut*) (3<sup>a</sup>) et à la masse commune (*Gesamtgut*), aux droits de jouissance et d'administration du mari (4). Pour disposer des apports, la femme doit obtenir l'autorisation du mari (§§ 1395 à 1398 BGB. pour le régime légal, 1525 et 1556 pour les communautés restreintes) ; elle est également incapable de disposer seule des biens communs à cause des pouvoirs du mari, mais aussi à cause des principes qui régissent la « *Gesamte Hand* » ancienne copropriété germanique (5) (§ 1442 BGB.).

D'après le § 1395 BGB., quand la femme veut disposer de l'*Eingebrachtes*, il lui faut l'autorisation préalable (*Einwilligung*) du mari. Or en thèse générale, quand un acte de disposition est passé malgré une interdiction légale d'aliéner (*Veräußerungsverbot*), l'acte est attaquant uniquement

communauté, à sa femme l'autorisation d'aliéner ; il ne peut davantage donner cette autorisation sous la séparation de biens à cause de l'art. 223 C. civ.

(3) COLIN et CAPITANT, t. III, p. 264 et BONNECASE in *Supplément cité*, t. VI, n<sup>os</sup> 188 et s. ; voir la controverse au sujet de l'apparence contradictoire des art. 217 et 1449 C. civ.

(3<sup>a</sup>) Tant sous la communauté restreinte que sous le régime légal.

(4) Eventuellement même à un droit de disposition très restreint, il est vrai, du mari, cf. *supra*, n<sup>o</sup> 21. Le mari est maître de la communauté.

(5) Cf. LYON-CAEN, pp. 252 et 253 et p. 246 ; cf. WOLFF, § 60, II, p. 234.

par la personne que l'on a entendu protéger (§ 135 BGB.). Dans le cas présent, le législateur s'est écarté de cette règle (6) et a déclaré que l'acte conclu par la femme sans autorisation du mari serait nul ou sans efficacité non seulement à l'égard du mari mais encore à l'égard des tiers et de la femme elle-même (7).

Les sanctions sont d'ailleurs différentes selon que la femme a disposé des apports par engagement unilatéral ou par contrat. « Est nul l'acte juridique unilatéral par lequel la femme dispose de ses apports sans le consentement du mari » (§ 1398 BGB.) (8) ; la femme a par exemple renoncé sans l'assentiment marital à une créance (*Kündigung einer Forderung*). Ces actes sont radicalement nuls, incapables d'aucune confirmation ultérieure (9).

Lorsque l'épouse a conclu seule un contrat relatif aux apports, le résultat est autre ; l'acte n'est pas nul dès l'origine, son efficacité reste seulement en suspens « *schwebende Unwirksamkeit* » (10), la validité du contrat dépendant de la ratification (*Genehmigung* du mari (§§ 1396 et 1397 BGB) (11).

Au cas où aucune décision n'aurait été prise, l'acte devient pleinement valide à la cessation de la jouissance et de l'administration du mari.

(6) Voir les raisons qu'en donnent les *Motifs*, t. IV, p. 225 et qu'expose M. LYON-CAEN, p. 191. Cf. aussi WIMMER in *article cité* col. 207.

(7) Nous avons fait remarquer déjà (cf. *supra*, n° 11) qu'avec un certain illogisme le BGB. appliquait ici aux femmes mariées, reconnues cependant capables, les mêmes dispositions qu'aux mineurs. Cf. §§ 108 à 111 BGB. et LYON-CAEN, p. 192.

(8) Trad. donnée par M. LYON-CAEN, p. 192.

(9) Cf. LYON-CAEN, p. 193 ; pour certains actes même, l'autorisation du mari doit être donnée par écrit. Ce sont les actes qui s'adressent à partie (*empfangsbedürftig*) ; cf. LYON-CAEN, p. 193, note 3 et SALEILLES, *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand*, p. 145 ; cf. § 130 BGB.

(10) Cf. LYON-CAEN, pp. 193 et 194.

(11) Pour les délais et la possibilité de révocation du tiers, cf. LYON-CAEN, pp. 194 et 195.

Le BGB., si désireux de protéger le mari, proclame (§ 1404) que « les restrictions des articles 1395 BGB. et suivants sont opposables même aux tiers qui n'ont pas su que la femme était mariée » (12) ; le tiers n'est cependant pas absolument sans défense, car il pourrait demander réparation, sous forme de dommages-intérêts, à la femme qui l'a volontairement trompé sur son état, se rendant ainsi coupable d'un délit dont répondent ses apports (§§ 1411, 1415 BGB.) (13).

La restriction aux pouvoirs de la femme sur ses apports n'est pas absolue ; celle-ci peut disposer de l'Eingebrachtes par voie de disposition à cause de mort. En outre l'épouse peut demander, sans autorisation du mari, le transfert d'une rente sur l'Etat inscrite au Grand Livre de la Dette publique (Reichsschuldbuch), sous réserve d'une mention (Vermerk) que le mari peut faire ajouter (art. 50 EGBGB.) (13<sup>a</sup>).

En définitive, la femme mariée allemande, quand il s'agit d'aliéner ses apports ou d'en disposer, ne se trouve guère plus favorisée que la française.

Mais, tandis que la femme séparée de corps est seule en France à pouvoir faire sans autorisation les actes envisagés (14), toute femme séparée de biens peut les entreprendre seule en Allemagne.

#### b) OBLIGATIONS

**26.** Nous étudierons d'une part les obligations délictuelles ou légales et d'autre part les obligations contractuelles et engagements unilatéraux.

(12) LYON-CAEN, p. 196 ; voir la controverse engagée pour savoir si cet article s'applique au régime de communauté : LYON-CAEN, p. 198, note 3.

(13) LYON-CAEN, pp. 196 et s. ; cf. *infra*, n° 96, note 11.

(13<sup>a</sup>) LYON-CAEN, p. 138.

(14) Réserve faite des clauses de dotalité ; cf. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 268.



### a) *Obligations délictuelles ou légales*

Nous avons vu précédemment que la femme mariée française était, comme l'Allemande, capable en matière d'obligations délictuelles ou légales, mais qu'il nous restait à étudier la question de l'étendue du gage des créanciers dans ce cas.

La question est assez délicate en droit français. Peut-être faut-il penser que, si l'on met à part certaines amendes provenant de délits forestiers et ruraux, les obligations ici prévues ne sont exécutoires ni sur les biens communs ni sur ceux du mari (14<sup>a</sup>).

En Allemagne, les apports et les biens communs (15) répondent des délits de la femme, sans égard aux droits du mari, en vertu des §§ 1411 et 1460 BGB., bien que selon le § 1415 le Vorbehaltsgut doive supporter ces dettes en définitive (16). Le droit allemand paraît donc faire prévaloir l'intérêt des tiers et non celui du mari, contrairement à ce qui se passe en France dans la solution à laquelle nous avons fait allusion.

Quand la femme française s'enrichit sans cause aux dépens d'un tiers, elle est tenue vis-à-vis de ce tiers dans les limites de son enrichissement, mais seulement sur la nue propriété de ses propres, à moins que la communauté ne se soit trouvée elle aussi enrichie (16<sup>a</sup>).

En Allemagne, on applique aussi le principe de l'enrichissement injuste « *ungerechtfertigte Bereicherung* » §§ 812

(14<sup>a</sup>) Cf. JOSSERAND, t. III, pp. 76 et 77, il fait une exception pour certaines obligations qui constituent une charge des revenus.

(15) Il s'agit alors de Vollschulden opposées au Vorbehaltsschulden (cf. WOLFF, § 56, II, 2, p. 217) ou de Gesamtgutsverbindlichkeiten (cf. WOLFF, § 64, II, p. 247).

(16) LYON-CAEN, p. 196, note 2.

(16<sup>a</sup>) JOSSERAND, *loc. cit.*

BGB. et suivants (17) ; si la femme s'est par exemple obligée à une prestation sans autorisation maritale, cet acte n'est exécutoire sur les apports que dans la mesure où lesdits apports se sont trouvés enrichis (§ 1399 al. 2 *in fine*) et les biens communs répondent, eux aussi, d'un acte passé par la femme sans le consentement marital dans la mesure de leur enrichissement (§ 1455 BGB.) ; les solutions sont ici identiques dans nos deux pays.

La femme peut donc en Allemagne comme en France tourner dans une certaine mesure son incapacité ou son défaut de pouvoirs en recourant à la fraude ou au dol (Arglistige Täuschung, § 122 BGB), ou grâce aux règles de l'enrichissement sans cause. Cependant on ne considérerait pas comme fraude en France une simple déclaration de capacité ; il faut aussi en Allemagne la mauvaise foi de la femme (17<sup>a</sup>).

### 3) Obligations conventionnelles et engagements unilatéraux

27. En France, la femme commune en biens ne peut s'engager sans autorisation par des obligations autres que celles que nous venons d'étudier ; elle ne peut donc faire seule ni un acte unilatéral ni un contrat (18). Il y a exception quand elle a, par suite du contrat, l'administration de ses propres.

L'épouse peut au contraire souscrire valablement en Allemagne une obligation quelconque, même si cette obligation est relative aux apports (§ 1399 BGB.).

Comment concilier ce principe avec celui de l'indispos-

(17) LYON-CAEN, pp. 200 et 201.

(17<sup>a</sup>) Cf. WIMMER, *article cité*, colonne 206.

(18) Exception faite pour les actes ménagers, mais là sa capacité n'est pas en jeu, ce sont seulement ses pouvoirs puisqu'elle représente le mari. Cf. BEUDANT, *l'Etat et la capacité des personnes*, t. II, n° 685 bis, pp. 576 et 577.

nibilité des apports ou de la masse commune à l'égard de la femme ? Cette indisponibilité n'a pas d'influence sur la validité de l'engagement, mais elle entre en jeu quand il s'agit de déterminer quels biens répondront de cet engagement, « toute obligation par suite de la faculté de saisie qui y est attachée au cas de non-paiement équivaut à une aliénation indirecte : puisque la femme ne peut disposer des biens sur lesquels elle a ou est censée avoir confié par son régime des droits au mari, elle ne saurait logiquement contracter sans son consentement des dettes exécutoires sur ces mêmes biens » (18<sup>a</sup>).

Si la femme veut rendre dès l'abord la dette exécutoire sur la masse unitaire, elle doit s'assurer du consentement du mari (19), (§ 1399 BGB., al. 2 (20) et § 1412 BGB.) (21) ; sinon ladite masse ne répond que dans la mesure où s'appliquent les dispositions relatives à l'enrichissement sans cause (§§ 812 et s. et 1399 BGB.) (22).

Le mari est donc appelé à collaborer aux actes créateurs d'obligation passés par sa femme tout comme aux actes de disposition qu'elle entreprend ; mais, tandis qu'en l'absence d'approbation maritale les actes de disposition sont nuls à l'égard de tous, les obligations sont valables mais non exécutoires sur le patrimoine apporté ou commun ; le mari seul peut invoquer l'inefficacité de ces dernières si on prétend le poursuivre sur la masse unitaire (23).

L'autorisation que le mari accorde à sa femme ne l'en-

(18<sup>a</sup>) LYON-CAEN, p. 140 ; cf. p. 199.

(19) Cf. LYON-CAEN, p. 140, note 2 et les « objective Beschränkungen » dont parle SCHRÖDER.

(20) LYON-CAEN, p. 199, note 1 ; cf. §§ 1455 BGB. pour la communauté universelle et 1525 pour la communauté d'acquêts.

(21) Cf. LYON-CAEN, *loc. cit.* et les exceptions à la règle.

(22) Cf. LYON-CAEN, p. 201.

(23) Cf. LYON-CAEN, p. 200 et, pour les régimes communautaires, les §§ 1460, 1532, 1549 et 1550 BGB.

gage pas personnellement sous le régime légal en vertu de la règle « qui auctor est non se obligat » (24) ; il en va autrement sous le régime de communauté (§ 159 BGB.) (25). Il est bon d'observer que, sous le régime légal, la femme mariée perd l'administration de ses apports (25<sup>a</sup>).

Ici encore nous voyons que, relativement aux apports et aux biens communs, la femme allemande n'est guère mieux placée que la française mariée sous un régime communautaire.

La femme séparée de biens (art. 1449 et 1536 C. civ.) peut en France s'obliger dans les limites de l'administration ; elle peut par exemple placer les économies faites sur ses revenus (26) et, passer des baux sur les immeubles lui appartenant (27), faire certains achats et certaines ventes. La femme dotale a les mêmes pouvoirs relativement à ses paraphernaux,

Les obligations résultant des engagements de la femme allemande sont exécutoires, quelles qu'elles soient, sur l'ensemble de son patrimoine si elle est séparée de biens et sur ses biens réservés si elle est mariée sous le régime légal.

Nous voyons que, lorsque l'épouse allemande a des biens réservés, elle a des pouvoirs beaucoup plus grands que la femme française, au profit de qui une semblable institution n'existe pas encore en 1903. De même la femme allemande séparée de biens ne voit pas, comme la française mariée

(24) LYON-CAEN, p. 200.

(25) LYON-CAEN, p. 255-3°.

(25<sup>a</sup>) Cf. WOLFF, § 45, II, 2, p. 176 et § 47, I, pp. 187 et s.

(26) Nous avons vu d'ailleurs (cf. *supra*, n° 16-3°) qu'un certain nombre de lois avaient permis l'épargne aux femmes mariées quel que fût leur régime.

(27) Cf. BEUDANT : *l'Etat et la Capacité des personnes*, t. II, n° 677, p. 565 ; cf. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 266 ; JOSSERAND, t. III, n° 533, p. 282. Pour certains actes, placements de capitaux par exemple, la question est controversée.

sous le même régime, ses pouvoirs limités aux actes d'administration, ils s'étendent à tous les autres.

### c) ACTES JUDICIAIRES

28. En France, à cette époque, aucune femme ne peut ester en justice (28) ; elle a besoin dans ce but, et quel que soit son régime matrimonial, de l'autorisation maritale (art. 215 C. civ. *in fine*), qu'elle agisse comme demanderesse ou comme défenderesse. Nous avons vu déjà ce principe et les exceptions qu'il comporte (29).

La femme a besoin d'autorisation quel que soit l'intérêt en jeu et même si le procès est relatif à des opérations qu'elle a pleine capacité d'entreprendre : ainsi, la femme séparée de biens a besoin d'autorisation même pour les procès qui ont trait à l'administration, même pour assigner un fermier ou un locataire en paiement des fermages ou loyers (30).

Nous avons vu aussi qu'au contraire la femme allemande peut en principe intenter des procès et y défendre, sans aucune participation du mari (§ 52 ZPO.) (31). Relativement aux biens réservés, la femme a toute liberté pour les actes judiciaires (31<sup>a</sup>) ; il en est de même de la femme séparée de biens relativement à l'ensemble de son patrimoine (31<sup>b</sup>).

(28) Pas même la femme commerçante (art. 215 C. civ.) ; cf. LYON-CAEN, p. 201 et COLIN et CAPITANT, t. I, pp. 644 et 645, n° 611.

(29) Cf. *supra*, n° 15.

(30) COLIN et CAPITANT, t. I, p. 645, n° 611-5° et t. III, p. 267.

(31) Le mari doit d'ailleurs supporter tous les frais du procès. Cf. LYON-CAEN, p. 141, note 1 ; cf. § 1460 BGB. pour la communauté et § 1464 BGB.

(31<sup>a</sup>) Cf. WOLFF, § 46, II.

(31<sup>b</sup>) De même que l'on distingue pour les actes extra-judiciaires capacité (*Geschäftsfähigkeit*) et droit ou pouvoir de disposer (*Verfügungsrecht, Verfügungsbefugnis*), on distingue dans la doctrine allemande pour



Mais des limitations sont apportées par divers régimes pour sauvegarder les droits du mari, quel que soit le rôle de la femme dans l'instance.

a) *Femme défenderesse* (Passivprozesse)

29. Le jugement rendu contre la femme et concernant les apports n'est pas opposable au mari, si ce dernier n'a pas donné son assentiment (§ 1400 BGB., al. 1 et § 739 ZPO.).

« S'il s'agit d'exécuter sur les apports une sentence condamnant la femme à une prestation, par exemple à payer une dette, un jugement rendu contre elle seule » ne peut autoriser cette exécution (32) — « Le créancier doit obtenir deux titres exécutoires : l'un constatant la dette de la femme, et l'autre obligeant le mari à se prêter à l'exécution (Duldung zur Zwangsvollstreckung) » (33).

β) *Femme demanderesse* (Aktivprozesse)

30. « La femme ne peut faire valoir par voie d'action le droit qui fait partie de ses apports qu'avec l'assentiment du mari » (§ 1400 BGB., al. 2) (34), si elle veut par exemple revendiquer un bien volé. M. Lyon-Caen signale une controverse relative à la sanction applicable dans le cas où la femme intente un procès de ce genre sans assentiment marital ; le juge doit-il ou non rejeter l'action d'office ?

les actes judiciaires la capacité d'ester en justice (Prozessfähigkeit) et le fait d'avoir qualité pour paraître au procès, le droit d'ester en justice (Prozessführungsrecht) ; cf. WOLFF, § 45, IV et § 53, III ; cf. aussi STEIN-JONAS, t. I, § 50.

(32) LYON-CAEN, pp. 201 et 202, cf. WOLFF, § 53, III, 2, p. 211.

(32) LYON-CAEN, pp. 201 et 202.

(34) Trad. donnée par M. LYON-CAEN, p. 202, cf. WOLFF, § 53, III, 1, pp. 210 et 211.

(von Amtswegen abweisen) (35) ; si l'on considère, ajoute notre auteur, qu'il s'agit d'un simple défaut de qualité chez l'épouse, la restriction à la capacité d'ester en justice de la femme mariée se trouve très atténuée (36).

Puisque le BGB. exige seulement le consentement (Zustimmung et non l'autorisation préalable (Einwilligung), dit encore M. Lyon-Caen (37), le mari peut ratifier quel que soit l'état de la cause et la femme recouvre son entière capacité au cas de cessation de la jouissance et de l'administration maritales.

Ce que nous avons dit de l'exécution du jugement à propos de la femme défenderesse s'applique également à la femme demanderesse.

Il existe quelques exceptions à la règle du § 1400 BGB., qui sont contenues dans les §§ 1406 et 1407 BGB. ; la femme peut par exemple intenter sans autorisation un procès contre le mari (37<sup>a</sup>). La femme peut encore poursuivre seule un procès qui était pendant lors du mariage (§§ 1407-1 et 1454 BGB.) ; mais elle n'a pas qualité en thèse générale pour les procès relatifs aux biens communs (37<sup>b</sup>).

Lorsque les biens litigieux font partie des apports ou des biens communs, les tiers seront sans doute, à cause du risque de non-exécution du jugement, aussi circonspects en présence d'une femme allemande qu'en présence d'une Française ; néanmoins, l'Allemande peut efficacement ester en justice relativement à ses biens réservés ou à son patrimoine séparé, chose impossible à l'épouse française en 1903.

(35) Thèse citée, pp. 202 et 203, notes 1 et 2, p. 203. Pour la solution donnée de nos jours, cf. STEIN-JONAS, t. I, § 52, p. 5.

(36) LYON-CAEN, p. 203.

(37) LYON-CAEN, p. 203.

(37<sup>a</sup>) Cf. WOLFF, § 54, I, 2, p. 213.

(37<sup>b</sup>) Cf. WOLFF, § 63, I, pp. 245 et 246 et note 3 p. 246.

**D. — Cas où l'extension de la Capacité ou des Pouvoirs de la femme mariée provient de causes extérieures au régime**

**31.** Nous envisagerons deux cas, celui dans lequel la femme est dans l'impossibilité d'obtenir le consentement marital, puis le cas de la femme exerçant une profession.

*a)* **LE MARI NE PEUT OU NE VEUT DONNER SON CONSENTEMENT**

On peut dire qu'en France ni l'absence, ni la folie, ni l'interdiction du mari ne relèvent la femme de son incapacité (1), mais, comme l'épouse ne peut dans ces cas obtenir le consentement marital, il lui faut recourir à l'autorisation de justice (2).

En thèse générale, la dette assumée par la femme autorisée de justice n'est exécutoire que sur la nue propriété de ses propres (art. 1426 C. civ.) (3) ; cette règle fait d'ailleurs ressortir la différence entre capacité et pouvoirs (4). Nous savons cependant que la femme commune en biens peut en vertu de l'article 1427 C. civ. engager les biens communs avec la seule autorisation de justice, soit pour tirer le mari de prison soit pour établir un enfant commun (5).

Si les pouvoirs de la femme se trouvent élargis par rapport aux règles générales dans les cas que nous venons d'envisager, il n'en reste pas moins que la Française est incapable, même lorsque son mari n'est plus en état de diriger le ménage, puisqu'il lui faut l'autorisation de justice ; il en est autrement en Allemagne.

(1) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, pp. 331 et s.

(2) Cf. art. 218, 221 et 222 C. civ.

(3) Cf. JOSSERAND, t. III, n° 137, p. 76.

(4) Cf. *infra*, n° 125, note 18.

(5) Cf. JOSSERAND, t. III, n° 138, p. 76, cf. sous le régime dotal l'art. 1558 C. civ., JOSSERAND, t. III, p. 329.

Si le BGB. « a renoncé à poser le principe général d'un pouvoir réciproque de représentation entre époux », il a consacré cependant sous divers régimes « quelque chose d'approchant, qui y ressemble de loin, mais n'en est qu'une ébauche à peine esquissée » (6).

Dans les cas d'urgence (Eilfälle), elle est « Notverwalterin » (7) ; elle peut alors se passer de l'autorisation du mari sans qu'il soit nécessaire de recourir comme en France à l'autorisation de justice. Quand le mari est empêché par l'absence ou la maladie de donner son consentement, la femme peut par exemple aliéner seule ses apports ou les biens communs, faire valoir seule en justice un droit relatif aux apports ou aux biens communs, mais à condition qu'il y ait péril en la demeure « wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist » (§§ 1401 et 1450 BGB. ainsi que les prara-graphes de renvoi 1519 et 1549 BGB.) (8). Sous le régime légal, la femme n'agit qu'en son propre nom, tandis que sous la communauté elle peut agir à son gré en son nom ou au nom du mari. L'épouse peut d'ailleurs se heurter aux pouvoirs d'un curateur ou tuteur du mari (9). Sous le régime légal, la femme pourrait en cas de nomination d'un tuteur ou curateur demander la cessation de l'administration et de la jouissance maritales (§ 1418 n<sup>os</sup> 3, 4 et 5) et se trouver alors séparée de biens (§ 1426) ; mais elle n'a pas la même ressource sous la communauté ; elle peut cependant dans d'autres cas obtenir cessation de la communauté (§ 1468 BGB.) (10).

Si le mari n'est pas dans l'impossibilité de donner son

(6) LYON-CAEN, p. 148 et pp. 145 et s.

(7) Cf. WOLFF, § 54, I, 1 et § 63, II, 1.

(8) LYON-CAEN, p. 149, cf. WOLFF, § 54, I, 1, p. 212 et § 63, II, 1, p. 246.

(9) LYON-CAEN, pp. 152 et 153.

(10) LYON-CAEN, p. 153, note 1.

consentement mais l'a simplement refusé, en France la femme peut solliciter l'autorisation de justice (10<sup>a</sup>). De même la femme allemande peut dans ce cas recourir au Tribunal des tutelles, mais seulement lorsqu'il s'agit d'un acte juridique intéressant les affaires personnelles de la femme « *ordnungsmässige Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau* » (§§ 1402 et 1451) (11) ; le Tribunal des tutelles ne peut suppléer à l'autorisation maritale relativement aux questions patrimoniales « *Besorgung einer Vermögensangelegenheit* », car le mari a seul l'administration des apports et des biens communs.

Elle peut donc, autorisée par le Vormundschaftsgericht, introduire une action en déclaration de légitimité, aller faire une cure (Badekur), remplir une obligation alimentaire envers un enfant, mais ne peut faire une opération avec un banquier (12).

#### b) EXERCICE D'UNE PROFESSION PAR LA FEMME

32. En France, à cette époque, la femme commerçante est seule à jouir d'un régime de faveur dans les textes, mais la jurisprudence a étendu ce régime aux autres professions.

La femme qui exerce un commerce du consentement du mari (art. 4 C. com.) peut s'obliger sans autorisation spéciale « pour ce qui concerne son négoce » ; quand elle est commune en biens, elle oblige alors la communauté et le mari (art. 1419 C. civ. et art. 5 al. 1 du C. com.) (13) ;

(10<sup>a</sup>) Cf. art. 218 C. Civ.

(11) Cf. LYON-CAEN, p. 246.

(12) Cf. WOLFF, § 54, II, pp. 213 et 214.

(13) Cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 119 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 259 ; BOISTEL, n°s 100 et 100 bis.



ses dettes commerciales entrent en communauté (art. 1426 C. civ.).

Elle voit donc sa capacité et ses pouvoirs singulièrement élargis ; cependant elle a besoin de l'autorisation maritale pour les procès relatifs à son commerce, par exemple pour plaider contre une de ses ouvrières (14).

La femme allemande exerçant une profession peut également obtenir du mari une autorisation générale qui fait tomber les restrictions habituelles à ses pouvoirs sur la masse unitaire. L'épouse n'a plus besoin d'autorisation spéciale pour engager les apports ou les biens communs ; comme en France, le mari est censé avoir consenti quand il n'a pas fait d'opposition (Einspruch § 1405 BGB.).

L'autorisation du mari n'est pas, comme en France, nécessaire pour permettre à la femme allemande d'exercer une profession, puisqu'elle jouit de la pleine capacité personnelle et patrimoniale ; cette autorisation générale a seulement pour but d'étendre les pouvoirs de l'épouse et de lui permettre de disposer par exemple de l'ensemble de ses apports ; ses pouvoirs ne sont pas restreints en effet à l'Eingebrachtes investi dans son affaire ; elle peut aussi s'obliger sur cette même masse (15). Sa liberté est plus grande que celle de la femme française, car elle peut conduire tous les procès relatifs aux apports.

L'épouse allemande ne peut faire tous les actes envisagés que dans la mesure où ils sont commandés par les nécessités de l'affaire (Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkei-

(14) En vertu de l'art. 215 C. civ. qui pose cette interdiction malgré les termes généraux de l'art. 220 C. civ., « la femme commerçante peut faire sans autorisation spéciale tous les actes de son négoce ». Voir COLIN et CAPITANT, t. I, n° 611-5° *in fine*, p. 645.

(15) Cf. LYON-CAEN, pp. 264, 265 et s.

ten... « *die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt* » (§§ 1405 et 1452 BGB.) (16).

Sous la communauté, le mari et les biens communs répondront des dettes commerciales (§§ 1459 et 1460 BGB.) (17).

Le mari peut, comme en France, révoquer à tout moment son autorisation ou faire opposition (*Einspruch*) à l'exercice de la profession ; il ne peut d'ailleurs révoquer partiellement. — Révocation ou opposition doivent recevoir publicité au registre matrimonial des biens (*Güterrechtsregister*) (18).

Une institution qui en 1903 avantage beaucoup la femme allemande exerçant une profession par rapport à la femme française, c'est l'institution des biens réservés, cette masse soustraite à l'influence du régime (19) ; grâce à elle, la femme ouvrière dispose librement de ses salaires, la femme commerçante ou industrielle de ses bénéfices (20). Cependant le législateur allemand n'a pas étendu l'institution des biens réservés légaux aux régimes communautaires ; M. Lyon-Caen nous rapporte que, selon les Motifs (21), la création de biens réservés « est inconciliable avec l'esprit et l'essence du régime communautaire » (22) et il regrette que le BGB. n'ait pas, « par abus de logique juridique, donné à cette institution toute l'extension qu'elle comportait » (23).

(16) Cf. WOLFF, § 54, III, p. 214 et § 63, II, 4, p. 246.

(17) LYON-CAEN, *loc. cit.*

(18) Cf. WOLFF, p. 214, § 54, III et 3, p. 215."

(19) Cf. *supra*, n° 21.

(20) Cf. LYON-CAEN, pp. 153, 207.

(21) T. IV, pp. 342 et 347.

(22) LYON-CAEN, p. 250 ; cf. aussi l'avis de PLANCK indiqué par LYON-CAEN, p. 250, note 4.

(23) LYON-CAEN, p. 252. Selon notre auteur l'institution des biens réservés serait incompatible avec la notion d'incapacité de la femme ; cf. LYON-CAEN, p. 155.

## E. — Conclusion sur les pouvoirs

33. Après avoir examiné les pouvoirs de la femme mariée, nous voyons s'effacer l'impression première donnée par l'étude de la capacité.

Si la femme allemande est pleinement capable, nous venons de voir que sa liberté d'agir est fort entravée par les restrictions de pouvoirs découlant des régimes de communauté et du régime légal. Si l'on ajoute que les épouses allemandes sont en grande majorité mariées sous le régime légal (24) et que d'autre part la masse de beaucoup la plus importante dans le patrimoine de la femme est constituée par les biens d'apport, on comprend immédiatement que l'« Allemande moyenne », celle que nous appelions « the woman in the street », a des pouvoirs très limités et que sa situation se rapproche énormément de celle de la femme française. Puisque nous présumons que l'épouse allemande est mariée sous le régime légal et qu'elle agit relativement à ses apports, elle ne pourra pas plus que la femme française faire des actes d'aliénation ou de disposition ni engager ses biens. Les tiers refuseront en effet de traiter avec une femme dont les obligations ne sont pas exécutoires sur les apports, à moins de lui prendre des intérêts usuraires (25) et il est à supposer que, dans la plupart des cas, ils exigeront de prime abord l'autorisation maritale comme le font les co-contractants de la femme mariée française.

(24) Sur les statistiques, cf. LYON-CAEN, pp. 377 et s. et *infra*, annexes A et B où nous communiquons quelques renseignements partiels.

(25) Cf. LYON-CAEN, p. 200, note 2.

## SECTION III

## CONCLUSION SUR L'ETAT COMPARATIF EN 1903

34. Pour résumer l'étude doctrinale que nous plaçons en 1903, nous pouvons dire que la femme mariée allemande n'est pas pleinement indépendante, que ses actes sont, comme ceux de l'épouse française, soumis bien souvent à la surveillance maritale, surveillance que le BGB. présente cependant sous un jour moins rigoureux que le Code civil français.

Les rapports personnels entre époux sont dans nos deux pays dominés par le principe de la prééminence du mari, quel que soit le nom qu'on veuille donner à cette prééminence, et cela dans l'intérêt de la famille. C'est au nom de cet intérêt supérieur que le mari peut contrôler, par exemple, les actes ménagers de la femme ou l'exercice par elle d'une profession ; le contrôle allemand est peut être théoriquement plus souple, mais nous croyons qu'en ces matières les textes législatifs sont peu et les mœurs sont tout. La seule sanction législative qui nous paraisse efficace en cas de désaccord entre époux, que ces derniers soient français ou allemands, c'est en définitive le divorce.

Relativement aux rapports patrimoniaux entre époux, la femme allemande est incontestablement privilégiée par rapport à la française.

Elle est avantagée par la reconnaissance de sa pleine capacité, faculté qui devrait être accordée à tout individu majeur en raison de la dignité de la personne humaine (1). Cet octroi était commandé en Allemagne, nous dit M. Lyon-Caen, non seulement par la justice abstraite mais

(1) LYON CAEN, p. 86 ; cf. SERTILLANGES, pp. 74-77 et pp. 246 et s.

encore par les nécessités sociales et économiques (2), toutes conditions qui sont identiques en France, où règne cependant le principe de l'incapacité.

Les différences que nous constatons entre la femme allemande et la femme française s'estompent considérablement si, au lieu de nous arrêter à la capacité, nous examinons les pouvoirs (3), mais on ne peut nier que l'avantage reste en définitive à l'épouse allemande.

Il est vrai que la capacité de cette dernière est paralysée dans la grande majorité des cas, à cause du défaut de pouvoirs de la femme relativement aux apports ; et nous avons vu que ces apports forment la partie la plus considérable de ses biens sous le régime presque universellement adopté outre-Rhin (4). Aussi peut-on considérer que, dans la plupart des cas pratiques, les rapports de la femme mariée avec les tiers ne sont pas plus aisés en Allemagne qu'en France. Le BGB. est parti comme le Code civil du principe qu'il fallait dans l'intérêt supérieur du foyer un chef unique au ménage, tant dans le domaine patrimonial que dans le domaine personnel.

Il n'en reste pas moins que, si la capacité de la femme mariée est l'exception en France, elle est la règle en Allemagne, de sorte que l'épouse se trouvera entièrement indépendante toutes les fois que les entraves provenant du régime tomberont ou n'existeront pas. Ainsi l'Allemande a pleine capacité et pleins pouvoirs quand elle est séparée de biens ou que son mari est malade ou absent, alors qu'en France le principe d'incapacité s'oppose à ces conséquences. La femme dont le mari est malade ou absent devra,

(2) LYON-CAEN, p. 86.

(3) M. LYON-CAEN dit même que sous certains rapports la femme allemande est traitée comme une mineure.

(4) Cf. statistiques LYON-CAEN, *appendice*, pp. 377 et s. et *infra*, annexes A et B.



sauf exception, s'y munir de l'autorisation de justice. Quant à la Française séparée de biens, son mari lui-même ne peut lui reconnaître par contrat la capacité d'aliéner. Il faut ajouter que ces cas où la femme allemande est privilégiée, séparation de biens, maladie ou absence du mari, ne sont pas les cas ordinaires mais revêtent un caractère exceptionnel.

Il est un point sur lequel la législation allemande était en 1903 beaucoup plus favorable à la femme mariée que la loi française, c'est la question des droits sur les salaires : nous ne nous y arrêterons pas, puisque la réforme alors urgente et très souhaitée chez nous (5) est, depuis le 13 juillet 1907, chose accomplie.

Tout en reconnaissant que le BGB. traite mieux la femme mariée que ne le fait la loi française, nous n'envisageons pas en tous points la condition de l'épouse allemande avec le même enthousiasme que M. Lyon-Caen.

Autant la situation faite par le BGB. à la femme lors de la dissolution du mariage est sujette à critique, dit notre auteur (6), autant celle qui lui est faite pendant la durée de l'union est tout-à-fait favorable, grâce au « maintien intégral de sa capacité de contracter », à son droit de disposition sur les produits de son travail, grâce encore aux restrictions apportées aux pouvoirs du mari.

Nous estimons après M. Lyon-Caen que la France devait imiter, comme elle l'a fait d'ailleurs, le BGB. en accordant à la femme des droits sur ses salaires ; qu'elle devait l'imiter encore en supprimant l'incapacité de la femme mariée (7) et en diminuant les pouvoirs du mari. Notre auteur propose dans ce but d'établir pour les actes les plus

(5) Cf. LYON-CAEN, p. 369, note 1 et pp. s.

(6) LYON-CAEN, p. 232.

(7) LYON-CAEN, p. 366.

importants le concours des deux époux ; comme il le fait remarquer lui-même (8), il ne s'agit là que de faire concorder la loi française avec la pratique, qui rejoint à cet égard la loi allemande. M. Aftalion (9) avait en effet déjà insisté sur ce point que l'usage des renonciations et subrogations à l'hypothèque légale fait intervenir la femme dans les aliénations d'immeubles conclues par le mari ; on peut même dire que l'épouse française se voit attribuer ici des pouvoirs plus étendus que la femme allemande, qui ne concourt pas aux aliénations relatives aux immeubles du mari.

Si nous étions jusqu'ici d'accord avec M. Lyon-Caen, nous ne le suivons plus lorsqu'il donne en exemple le système de garanties que le BGB. a institué pour la protection de l'épouse (10) ; nous croyons que ces garanties sont pratiquement aussi inefficaces que l'hypothèque légale ; il est presque toujours trop tard quand la femme y a recours. Nous ne croyons pas non plus que le pouvoir ménager soit beaucoup mieux réglementé en Allemagne que chez nous ; évidemment, le BGB. reconnaît ce pouvoir, il est donc en progrès sur le Code civil, mais ce *mandat légal* ne nous paraît pas entraîner des conséquences différentes de celles de notre mandat jurisprudentiel ; c'est aujourd'hui, croyons-nous, vers un autre pays qu'il faut diriger ses regards pour admirer l'économie générale du pouvoir domestique, nous voulons dire la Suisse. Un troisième point sur lequel nous faisons une réserve importante est celui de la preuve des biens réservés ; nous croyons bien, contrairement à M. Lyon-Caen, qu'il y a là une difficulté d'ordre pratique ; les tiers n'ont peut-être pas souvent à craindre des fraudes de la part du mari, mais il semble qu'ils redoutent les fraudes de la part de la femme, de sorte que cette dernière n'a sans

(8) LYON-CAEN, p. 368.

(9) AFTALION, pp. 126 et s.

(10) Thèse citée, pp. 368 et 369, pour la critique de l'hypothèque légale.; cf. aussi AFTALION, pp. 420 et s.

doute pas à l'égard de ses biens réservés toute la liberté qu'elle serait en droit d'espérer (11).

Pour porter maintenant un jugement d'ensemble sur le BGB. relativement à la femme mariée, nous faisons volontiers nôtre l'affirmation de M. Lyon-Caen, le Code civil allemand « est novateur, il n'est pas révolutionnaire » et il n'a pas tiré du principe de capacité de l'épouse toutes ses conséquences (12).

Quelle est la raison de cet état de choses ? Nous croyons la trouver dans ce fait que le BGB. est un compromis ; le législateur a tenu compte de tendances opposées (13) : d'une part un mouvement incontestable d'émancipation féminine se développait et avait trouvé déjà consécration dans certaines lois (14) ; ses partisans ardents étaient les féministes et les socialistes avec Bebel. En face de ces novateurs se dressaient des conservateurs tels que Gierke qui protestaient violemment contre un projet qu'ils considéraient comme trop pénétré d'individualisme et de droit romain, au mépris de l'antique tradition germanique (15). Aussi l'évolution n'était-elle pas arrivée encore à un stade aussi avancé que l'espéraient certains juristes comme Dernburg ou parmi les français M. Lyon-Caen.

Si l'on examine ce qui se passe en France, nous constatons comme M. Aftalion le faisait déjà en 1897 (16) que « le principe de l'unité d'administration du mari... n'apparaît plus aussi absolu dans la pratique, que dans les textes du code », de sorte que la femme « participe au gouvernement de la communauté ».

(11) Cf. *infra*, n<sup>os</sup> 95 et 96, et 90 *in fine*.

(12) LYON-CAEN, pp. 89 et 192 ; cf. *Rechtsvergl. Handwörterbuch* de SCHLEGELBERGER, t. II, pp. 714 et 715 (article de M. KADEN).

(13) Les luttes ont été violentes au Reichstag.

(14) LYON-CAEN, p. 86.

(15) LYON-CAEN, p. 88 et note 1 même page.

(16) AFTALION, p. 120.

35. Si l'on fait abstraction des cas relativement peu nombreux de séparation de biens ou encore de maladie ou absence du mari pour s'arrêter aux cas moyens, normaux, si l'on réserve la question des droits de l'épouse sur les produits de son travail, on peut, au terme de cette étude doctrinale synthétique, conclure que la situation de fait de la femme mariée est bien près d'être la même en France et en Allemagne, contrairement à ce que laissaient supposer les principes radicalement opposés d'incapacité et de capacité respectivement admis dans ces pays. Ce qui caractérise la situation indépendante de l'épouse, ce sont, peut-être plus encore que sa capacité, ses pouvoirs ; or les pouvoirs de la femme mariée allemande ne sont pas beaucoup plus étendus en règle générale que ceux de la Française.

De cette similitude entrevue, peut être hors de toute attente, à la lueur de la confrontation de nos deux législations, nous pouvons déjà tirer une certaine philosophie. Tout d'abord l'étude de notre cas particulier constitue une vérification des opinions du Professeur Lambert (17) relativement à l'existence d'une sorte de fonds commun législatif inspiré aux différents peuples par des besoins et des conditions d'existence semblables. Evidemment on ne peut généraliser sur notre exemple, car il ne faut pas oublier qu'Allemands et Français ont en grande partie des origines communes et que leurs droits respectifs ont été puisés souvent aux mêmes sources ; nous avons en vue particulièrement le droit canonique et le droit germanique prépondérants dans le domaine familial, mais on ne peut non plus passer sous silence l'influence du droit romain. Pour nos deux pays au moins et quant à la question qui nous occupe, nous croyons qu'il serait facile de faire apparaître ce

(17) E. LAMBERT, *Etude de droit commun législatif*. Introduction, t. I.

« droit commun » et nous espérons pouvoir contribuer quelque peu à cette tâche.

Une autre réflexion, qui nous est inspirée par la confrontation des législations allemande et française, sera plutôt de nature philosophique et trouvera sa base dans l'expérience historique. L'exemple donné par nos deux pays montre l'importance capitale des mœurs et prouve que souvent elles dominent le droit ; le législateur devra donc, à notre avis, tenir compte dans une très large mesure des mœurs en usage dans le pays et à l'époque où il légifère. Si l'on veut, dans le domaine humain, faire œuvre réaliste, il faut tenir compte non seulement de ce que les hommes devraient être mais de ce qu'ils sont. Une loi trop éloignée des mœurs existantes, quel que soit l'idéal qui l'inspire (18), risque de rester lettre morte, qu'elle soit en retard sur les mœurs comme l'est notre Code civil relativement à l'épouse, ou en avance sur les mœurs comme l'a peut-être été le BGB. à cet égard. Nous nous demandons en effet si l'émancipation de la femme que voulait réaliser, sous l'impulsion d'un sentiment généreux, le législateur de 1900 en Allemagne n'était pas un peu prématurée. Le pouvoir marital était, croyons-nous, encore fort enraciné à cette date outre-Rhin ; c'est ce qui explique à notre avis le sens dans lequel ont évolué la jurisprudence, l'interprétation doctrinale et la pratique.

En définitive, les mœurs se chargent souvent de corriger

(18) Nous ne faisons allusion évidemment qu'aux lois humaines. Les lois divines nous proposent, elles, un idéal qui dépasse les forces humaines, mais les moyens qui nous sont fournis pour atteindre le but sont eux aussi d'ordre surnaturel. Nous ne voulons pas nier non plus la valeur éducative des lois qui peuvent aider à corriger les mauvaises mœurs ou orienter vers les bonnes. — Nous rappelons l'idée de PORTALIS : « Les Codes des peuples se font avec le temps, à proprement parler on ne les fait pas. » Qu'on songe aussi à MONTESQUIEU : *De l'esprit des Loix*, livre I, ch. III *in fine* et livre XIX, ch. II.



les lois ou l'absence de loi comme l'avait déjà fait observer Tacite en traitant de la pureté des mœurs conjugales des Germains (19) : « plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges ». Nous tirerons de ces réflexions une leçon de modération qui pourra nous être précieuse quand nous envisagerons, non plus l'apport culturel fourni par l'étude comparative de notre sujet, mais la part constructive que cette étude pourrait nous permettre d'apporter à l'édifice de la capacité de la femme mariée en France.

Avant de passer à nos conclusions sur ce point, nous étudierons de quelle façon les lois postérieures à 1903 et la jurisprudence ont modifié la situation de l'épouse, et si c'est dans le sens d'un rapprochement entre nos deux droits puis nous étudierons en détail, dans un second Titre, quelques-unes des situations dans lesquelles se trouve la femme mariée et dans une deuxième Partie son activité professionnelle, en essayant surtout de nous rendre compte des réalisations pratiques qui existent de nos jours dans nos deux pays; il nous sera possible de vérifier par ces coups de sonde l'exactitude de nos allégations antérieures. Nous croyons cependant pouvoir affirmer dès maintenant, nous basant sur notre premier aperçu synthétique, que l'adoption de la première partie du projet René Renoult ne serait ni une Révolution ni un coup d'épée dans l'eau.

---

(19) TACITE : *La Germanie*, texte établi par BURNOUF et traduit par André CORDIER. Collection des *Classiques Garnier*, p. 185, XIX. La même idée est rendue dans cette phrase latine citée par plusieurs auteurs, en particulier par LALOU, in *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, etc, p. 228 : « quid leges sine moribus ? »

### CHAPITRE III

## LOIS POSTÉRIEURES A 1903

---

#### SECTION I

#### EN FRANCE

**36.** Depuis 1903 plusieurs lois françaises sont venues changer la condition de la femme mariée ; la plupart n'ont introduit que des modifications de détail mais deux d'entre elles sont d'une grande importance : la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la loi du 10 août 1927 sur la nationalité.

#### A. — Loi du 13 juillet 1907

Cette loi a un double objet et se compose de deux parties (1) :

1° Elle « attribue à la femme la libre gestion des produits de son travail et de ses économies, avec des pouvoirs très étendus (art. 1 à 6) » ;

2° « Elle oblige indirectement les deux époux à affecter leurs gains et salaires à l'entretien du ménage, en conférant à chacun d'eux le droit d'opérer une saisie-arrêt... sur les salaires et produits du travail de l'autre ».

(1) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1310, p. 830 ; cf. BARTIN s/ AUBRY et RAU, t. VII, § 500 *bis*, 5<sup>e</sup> éd.

« *Le but de la loi* (2) est de remédier aux inconvénients que présente le régime de la communauté légale pour toutes les femmes exerçant une profession dont elles tirent des gains ou des salaires. Le régime matrimonial de droit commun expose en effet à de graves dangers le produit du travail aussi bien de l'ouvrière que de la femme commerçante et de la femme qui exerce une profession libérale ». M. Grosjean (2<sup>a</sup>) cite l'exemple de M<sup>me</sup> Vigée-Lebrun qui se vit refuser par son mari une somme minime réclamée par les créanciers du ménage, le jour où elle avait touché 12.000 francs pour un portrait, car jusqu'alors le mari avait sous la communauté le droit de toucher les salaires de la femme et de les employer à ses besoins personnels (art. 1421 et 1422 C. civ.) ; or, la communauté est le régime de 95 % des époux français.

Le rapporteur de la loi, M. Viollette, reconnaît l'imperfection de celle-ci mais demande qu'on la vote telle quelle pour éviter les retards, quitte à l'améliorer ultérieurement.

Cette loi vise donc à assurer à la femme la libre disposition des produits de son travail, elle accorde aux femmes mariées exerçant une profession distincte de celle du mari un droit d'administration et de disposition sur leurs gains et salaires ainsi que sur tous les biens, même immeubles, acquis par elles au moyen d'économies réalisées sur ces gains et salaires (3). Le caractère du droit de la femme sur les biens réservés est d'être un droit propre et inaliénable, d'ordre public et révocable (4).

(2) Cf. DÉPINAY in *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, année 1908, pp. 81 et s.

(2<sup>a</sup>) Cf. DÉPINAY, article cité à la note précédente.

(3) Cf. COLIN et CAPITANT, t. I, n° 618, pp 652 et s. et cf. rapport de M. GUILLIER, sénateur, *J. O.* 1907, Sénat, annexe n° 77, pp. 55 et s. : cf. MARGAT et LALOU.

(4) Nous reviendrons plus loin sur les conditions relatives à l'exercice d'une profession distincte ; pour l'application de la loi de 1907

La loi de 1907 comblait donc la lacune du Code civil et la législation française se rapprochait de la loi allemande qui dans le BGB. (§ 1367) reconnaissait sous le régime légal le caractère de biens réservés (Vorbehaltsgut) aux gains professionnels de la femme. En ce qui concerne la saisie-arrêt, la femme française est mieux placée que l'Allemande car elle pourra, au moyen d'une procédure plus rapide, obliger le mari à pourvoir à l'entretien du ménage.

■

**B. — Loi du 12 juillet 1909**

**37.** Cette loi vise la constitution d'un bien de famille insaisissable (5) ; elle établit que, si le propriétaire marié veut aliéner tout ou partie du bien de famille (ou renoncer à la constitution), l'aliénation (ou la renonciation) sera subordonnée au consentement de la femme, consentement donné devant le juge de paix. Cette décision est dérogatoire au droit commun puisqu'il peut s'agir d'immeubles personnels du mari ou d'un immeuble de la communauté (art. 11). L'art. 16 statue que la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour poursuivre en justice l'exercice des droits que lui confère la présente loi.

**C. — Loi du 20 mars 1917 (6)**

Elle modifie certains articles du Code civil (6<sup>a</sup>), relatifs à l'exercice de la tutelle par les femmes et à leur admission dans les conseils de famille, dans le sens de l'élargissement des droits féminins.

à la femme laborieuse et sur les biens protégés par la loi, cf. *infra*, n<sup>os</sup> 101 et s.

(5) D. 1910.4.1 ; cf. *Rép. pratique Dalloz*, v<sup>o</sup> bien de famille, 1 et s.

(6) D. 1917.4.121.

(6<sup>a</sup>) Cf. art. 395 à 420 C. Civ. et art. 428, 442 et 480 C. Civ.

**D. — Loi du 12 mars 1920 (7)**

Elle dispose que « les femmes mariées exerçant une profession ou un métier peuvent, sans l'autorisation de leur mari, adhérer aux syndicats professionnels et participer à l'administration ou à la direction ». Les syndicats n'existent plus en Allemagne. Aujourd'hui, ceux qui exercent une profession adhèrent au Front du Travail (*Arbeitsfront*).

**E. — Loi de finances du 28 décembre 1922 (8)**

Elle prend dans son article 26 des dispositions spéciales à l'égard des femmes mariées titulaires de certaines pensions ou allocations. Ces femmes sont admises à en percevoir directement les arrérages, tant pour la partie principale que pour les accessoires, sans être astreintes à la production de l'autorisation maritale. Il s'agit donc d'une dérogation expresse à l'art. 217 C. civ.

**F. — Loi du 10 août 1927**

**38.** Cette loi a été l'aboutissement d'un mouvement d'opinion correspondant à une réaction des tendances nationales due à la guerre (9), mouvement qui s'était déjà traduit dans les lois des 7 avril 1915 et 18 juin 1917. Elle est en outre le résultat d'une campagne féministe, en même temps que d'une certaine politique démographique (10). Elle permet aux femmes mariées à des étrangers avant l'application de la loi de recouvrer la nationalité française par sim-

(7) C. du Travail, t. III, art. 5.

(8) D. 1924.4.7. *Bull. législ. Dalloz*, 1922, p. 755.

(9) Selon SCHWARTZ, une telle réaction n'aurait pas eu lieu en Allemagne, à l'époque envisagée.

(10) Cf. *infra*, n° 61.



ple déclaration souscrite avec l'autorisation de leur mari devant le juge de paix (11).

Quant aux femmes françaises d'origine, épousant des étrangers postérieurement à la loi du 10 août 1927, elles conservent la nationalité française (art. 8) toutes les fois que les époux auront fixé leur domicile en France et que la femme n'aura pas, avant le mariage, réclaté la nationalité de son mari.

## SECTION II

### EN ALLEMAGNE

**39.** Le BGB. étant beaucoup plus récent que notre Code civil, la nécessité des réformes était moins pressante en Allemagne que chez nous ; aussi trouverons-nous peu de lois touchant la capacité, déjà entièrement accordée à l'épouse par le BGB. ; nous signalerons cependant un certain nombre de lois concernant la femme, en les divisant en deux groupes suivant qu'elles sont antérieures ou postérieures à la prise de pouvoir (*Machtübernahme*) des Nationaux-Socialistes (30 janvier 1933).

#### A. — Lois antérieures au 30 janvier 1933

##### a) LOI DU 22 JUILLET 1913 SUR LA NATIONALITÉ

**40.** Cette loi n'a pas introduit de réforme importante relativement à la nationalité de la femme mariée ; elle n'a guère fait que reproduire sur ce point les dispositions de la loi de 1870.

(11) Cf. BOURBOUSSON, p. 89 (Ouvrage sur la Nationalité).

## b) CONSTITUTION DE WEIMAR DU 11 AOÛT 1919 (12)

Elle prévoyait l'égalité de droits (*Gleichberechtigung*) des deux sexes dans son articles 119. Cet article reçut consécration dans le droit public puisque la femme obtint le droit de vote et, par une série de lois qui s'étagent de 1919 à 1922, l'accession à la plupart des fonctions publiques ; en revanche, dans le domaine du droit privé, cette disposition ne reçut pas d'application ; elle aurait dû conduire à abroger les. §§ 1354 et 1358 BGB. ; ce qui fut d'ailleurs réclamé (13) ; mais les réformes n'aboutirent pas.

c) LOI SUR L'ÉDUCATION RELIGIEUSE DES ENFANTS  
DU 15 JUILLET 1921 (14)

Jusqu'alors la réglementation de l'éducation religieuse des enfants était abandonnée aux divers pays (*Länder*) en vertu de la loi d'introduction (art. 134 EGBGB.) ; certains d'entre eux admettaient les parents à conclure des contrats relatifs à cette question ; en cas de difficulté, c'était généralement la confession ou la décision du père qui l'emportait (15). L'art. 149 al. 2 de la Constitution de Weimar respectait les droits locaux en vigueur.

Au contraire, la loi du 15 juillet 1921, abrogeant l'art 134 EGBGB, a unifié le droit sur ce point. En principe, l'éducation religieuse des enfants est abandonnée au libre accord des parents, car il a semblé que c'était la seule manière de respecter la liberté de conscience et l'égalité des droits des

(12) RGBl. 1919, p. 1383.

(13) Cf. Herbert STRUPP, thèse citée.

(14) *Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung* (RGBl., p. 939) ; cf. ENGELMANN : *RGes. über die relig. K. Erz.* Munich, 1922 ; KIPP, *Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht*, Festgabe für Kahl, 1923 ; ACHILLES-GREIFF, BGB. 1927, p. 817 ; RGR. 1935, IV, pp. 368 et s.

(15) Cf. WOLFF, *Familienrecht*, § 132, pp. 568 et s.

parents (16). Un contrat entre les époux ne serait cependant pas juridiquement valable selon M<sup>lle</sup> Marie Munk (16<sup>a</sup>) ; ainsi en droit français, la promesse qu'a faite le père d'élever les enfants dans une religion déterminée n'a aucune valeur juridique ; elle constituerait en effet une renonciation aux droits accordés par la loi au père, droits qui sont d'ordre public.

d) LA LOI DU 9 JUILLET 1922 SUR LA PROTECTION  
DE L'ENFANCE (*Jugendwohlfahrtsgesetz*)

41. Elle a restreint, dans son § 48, le droit de récusation que le BGB. (§ 1786 al. 1) accordait à la femme, même célibataire, en ce qui concerne la tutelle. Les seules exceptions prévues pour la femme sont les suivantes : elle peut se récuser lorsqu'elle a au moins deux enfants n'ayant pas encore atteint l'âge de la scolarité obligatoire ou lorsqu'elle peut faire admettre que l'exercice de la tutelle lui rend, de façon durable, l'accomplissement de ses devoirs familiaux plus difficile. Elle peut naturellement se récuser, comme l'homme, quand elle a plus de quatre enfants légitimes mineurs sans « Glaubhaftmachung » (17) (§ 48 n° 3 de la loi).

Comme le remarquait le Professeur Martin Wolff, l'idée, alors en honneur, de l'égalité des sexes aurait dû conduire, en bonne logique, à supprimer un droit de récusation spécial à la femme ; il faisait observer que cependant divers pays lui avaient conservé ce droit en lui accordant la capacité d'être tutrice (18).

(16) Cf. *Ausschussbericht*, p. 11 ; cf. WOLFF, § 132, p. 569.

(16<sup>a</sup>) Cf. Marie MUNK, p. 113.

(17) Cf. WOLFF, § 108, III, 1 et s.

(18) Cf. WOLFF, § 108, note 1<sup>a</sup>, p. 457. Belgique (loi du 10 août 1909). Autriche, 1<sup>re</sup> Novelle 1914, § 24 et § 195 ABGB. Italie, loi du 17 juillet 1919, art. 273 n° 1 C. Civ. italien.

Le § 48 de la loi du 9 juillet 1922 a abrogé le § 1783 BGB. selon lequel la femme avait besoin du consentement de son mari pour être tutrice, quand son mari n'était pas le père du pupille (19). Le même § 48 a, dans son alinéa 1, abrogé le § 1887 al. 1 BGB. (20) en vertu duquel une femme tutrice pouvait se démettre de ses fonctions quand elle se mariait (21), ainsi que l'alinéa 2 du § 1887 d'après lequel l'épouse devait être libérée quand le mari refusait son consentement à l'exercice de la tutelle par sa femme.

La loi allemande de 1922 reconnaît donc beaucoup plus largement la personnalité de la femme que la loi française de 1917 à laquelle nous faisons allusion plus haut (21<sup>a</sup>), puisqu'en France l'épouse a besoin de l'autorisation de son mari pour être tutrice ou subrogée-tutrice (art. 405 et 420 nouveaux C. civ.). Les Françaises peuvent en outre, grâce à l'art. 428 nouveau du C. civ. se dérober plus facilement que les Allemandes au devoir de la tutelle.

**42.** Nous voyons, en définitive, qu'entre 1903 et 1933 la situation de la femme allemande ne s'est guère modifiée. L'Allemagne weimarienne a bien fait quelques lois qui ont élargi les droits de l'épouse et de la mère relativement à l'éducation religieuse des enfants et à l'exercice de la tutelle, lui assurant ainsi une situation plus indépendante que celle de la femme française ; mais la République weimarienne n'a pu réaliser, bien qu'elle les ait inscrits dans la Constitution, ses grands projets d'émancipation de la femme et d'égalité des sexes. Ces projets avaient en vue la réforme de certaines dispositions relatives à la femme mariée ; les critiques qu'on adressait sur ce point au code allemand n'étaient pas nouvelles. Nous rappelons en effet que, lors

(19) Cf. WOLFF, § 105, 6<sup>b</sup> et §§ 56 et 64.

(20) Cf. WOLFF, § 124, I, 4<sup>c</sup>, p. 540.

(21) Cf. WOLFF, note 6<sup>a</sup>, p. 541, pour l'Autriche et la Belgique.

(21<sup>a</sup>) Cf. *supra*, n<sup>o</sup> 37.

de la discussion du projet du BGB., une vive résistance avait été opposée tant par les traditionalistes que par les novateurs (22). La campagne des féministes et des socialistes s'est poursuivie ensuite pour obtenir l'émancipation de la femme (23).

Dans l'ouvrage qu'elle écrivait en 1907, Marianne Weber considérait que la puissance maritale (*Ehevogeti*) n'avait disparu que nominalemeut et que l'on avait versé du vieux vin dans des outres neuves (24) ; elle réclamait la modification des dispositions relatives au nom, au domicile de la femme mariée, ainsi qu'à l'obligation pour elle d'aider le mari dans ses affaires (§§ 1354 à 1356 BGB.). Elle souhaitait que le mari ne pût obtenir révocation de la *Schlüsselgewalt* qu'après recours au Tribunal des Tutelles, et que la femme fût engagée personnellement par les dépenses faites dans le cadre de son pouvoir ménager.

Ce sont, dans les grandes lignes, les mêmes réformes (25) qui furent proposées, lors du 33<sup>e</sup> congrès des Juristes allemands tenu à Heidelberg en septembre 1924 (26), par les trois rapporteurs : le Conseiller Kipp, le Président Wieruszowski et M<sup>lle</sup> Marie Munk, avocat, tous d'accord sur la nécessité d'une amélioration du statut de l'épouse. On dis-

(22) Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 6 et 8.

(23) Parmi les noms des militantes, nous relevons ceux de Helene LANGE, d'Alice SALOMON et de Gertrud BÄUMER qui joua un rôle très important jusqu'en février 1933, époque à laquelle elle dut quitter le poste qu'elle occupait au ministère de l'Intérieur, cf *Nachrichtenblatt des Bundes Deutscher Frauenvereine*, mars 1933. Sur le mouvement féministe, consulter : D<sup>r</sup> Agnes GOSCHE, *Die organisierte Frauenbewegung in Quellenhefte zum Frauenleben in der Geschichte*, hgg von Emmy BECKMANN, und Irma Stross Heft 19 a 1927.

(24) *Frau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, p. 416. — Cf. aussi Marianne WEBER, *Frauenfragen und Frauengedanken*.

(25) Modification des §§ 1354 à 1358 BGB. entre autres.

(26) *Verhandlungen des Dreiunddreissigsten Deutschen Juristentages* (Heidelberg), Berlin und Leipzig, 1925, pp. 325 à 384.



cuta dans ce congrès principalement de la modification du régime matrimonial légal du BGB., considéré comme en désaccord avec le principe de l'égalité des sexes inscrit à la constitution, et l'on proposa un régime de séparation de biens combiné avec une société d'acquêts (27), susceptible de laisser plus d'indépendance à la femme (28).

Les mêmes questions furent mises à l'étude, lors du 36<sup>e</sup> congrès des Juristes allemands tenu quelques années plus tard à Lübeck (29), et des solutions analogues proposées par M<sup>me</sup> Emmy Rebstein-Metzger, avocat (qui reproche au BGB. de convenir seulement aux femmes bourgeoises), puis par le Président Ernst Dronke, le Président Schultz et M<sup>me</sup> Marianne Weber (30).

Ces projets de réforme n'ont pas abouti ; la constitution de Weimar perdait peu à peu son autorité ; son esprit libéral, peut-être individualiste et novateur à l'excès, fut bientôt haï et on crut voir en lui la cause de tous les malheurs qui s'étaient abattus sur l'Allemagne.

(27) Deux des rapporteurs recommandaient la « Zugewinstgemeinschaft », sorte de société d'acquêts en usage dans de vieux droits locaux (Partikularrechte) de l'Allemagne, connue aussi de certaines régions de la Suisse et de la Hongrie, cf. Margarete BERENT, *Dr. jur. Die Zugewinstgemeinschaft der Ehegatten, in Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, hgg von Otto GIERKE, Heft 123, Breslau, 1915. Nous croyons ce régime voisin de celui de la participation aux acquêts prévu au projet René RENOULT.

(28) Cf. JW. 1924, pp. 1816 et s. ; cf. Marie MUNK, *Dr. jur. Recht und Rechtsverfolgung im Familienrecht*, Berlin 1929, pp. 33 à 48 et p. 113. Elle insiste pour que la femme reçoive une rémunération quand elle aide son mari (contrairement au § 1356 BGB.) ; cf. JW. 1921, p. 625-1 et JOSEF, in *Arch. f. Ziv. Praxis*, t. 118, p. 390.

(29) *Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages*, t. I (Gutachten) 2. Lieferung, Berlin-Leipzig, 1930, pp. 540 à 631.

(30) *Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages*, t. II (Stenog. Bericht), Berlin-Leipzig, 1932, pp. 80 et s.

## B. — Lois postérieures au 30 janvier 1933

I. — *Le National-Socialisme* (1)

43. Si nous avons divisé notre étude en deux parties séparées par cette date fatidique du 30 janvier 1933, c'est qu'en ce jour-là un fait mémorable s'accomplissait en Allemagne: la prise du pouvoir (*Machtübernahme*) par les Nationaux-Socialistes; nos voisins étaient engagés dans une de ces « tempêtes germaniques » auxquelles fait allusion M. Max Hermant, une de ces tourmentes où les entraîne fatalement leur avide besoin d'activité, leur « dynamisme » essentiel (2).

Qu'est-ce donc que ce National-Socialisme auquel quelques années à peine ont suffi pour galvaniser une Allemagne découragée par ses insuccès répétés, pour rendre à cette Allemagne presque désespérée la confiance en elle et en sa destinée ? Quel retentissement aura ce mouvement sur le droit ? Nous allons essayer de répondre très brièvement à ces questions.

Et tout d'abord le National-Socialisme n'est pas une doctrine politique, c'est une religion (3), une religion avec sa « *Weltanschauung* » (conception du monde), avec sa philosophie (3<sup>a</sup>) et sa morale propres; c'est une religion qui a sa ville sainte : Nuremberg, qui a son « Koran » (4) et son

(1) Nous faisons figurer à la fin de cet ouvrage une bibliographie spécialement réservée au National-Socialisme, nous prions le lecteur de bien vouloir s'y reporter.

(2) MAX HERMANT, *Idoles Allemandes*, préface p. 8 et chap. I<sup>er</sup>.

(3) Cf. HERMANT, pp. 231, 237 et 257; H. JOURDAN, in *Encyclopédie française*, t. X, p. 1086-1; cf. LICHTENBERGER, pp. 68 et 130.

(3<sup>a</sup>) Cf. A. HITLER, *Mein Kampf*, t. II, pp. 9 et s., trad. citée pp. 371 et 379 et s.; cf. également, Alfred ROSENBERG, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts*.

(4) Cf. HERMANT, p. 246 et H. JOURDAN, art. cité, pp. 1086-17.

prophète, nous dirions presque son dieu, puisque un portrait du Führer le désigne comme étant le « Verbe » (5).

Est-ce une religion nouvelle ? Nous ne le croyons pas mais pensons plutôt avec M. Max Hermant qu'il s'agit simplement d'une forme de ce « *messianisme national* » qu'est le germanisme ; la forme est renouvelée, certes, mais le fond provient d'une conception très ancienne (6). « L'hitlérisme, nous dit cet auteur, malgré les émeutes n'est pas né d'un Coup d'État. Il n'a pas modifié l'esprit de l'Allemagne ; il n'a fait, au contraire, que préciser, amplifier et précipiter l'ensemble des doctrines, des sentiments, des volontés qui depuis cent ans caractérisent le germanisme. Il est dans la ligne de l'Allemagne, dans sa logique et dans son mouvement » (7). Le talent de Hitler a été de « ressusciter le germanisme sous la forme d'une religion populaire » et de « remplacer le pragmatisme social par une idée métaphysique » (8).

Ce qui caractérise cette religion national-socialiste, c'est d'être germanique et de s'insurger contre le christianisme (9) ; les évêques allemands ont dès l'origine signalé ce caractère anti-chrétien, qui vient d'être affirmé par Sa Sainteté Pie XI (10).

(5) Un tableau du peintre HOYER, « Im Anfang war das Wort » (au commencement était le verbe), représentant HITLER haranguant ses premiers auditeurs, a été reproduit dans la *Berliner Illustrierte Zeitung* du 15 avril 1937.

(6) MAX HERMANT, pp. 78 à 84, 263 et 288 ; H. JOURDAN, article cité, pp. 1086-3. — Cf. LICHTENBERGER, pp. 134 et s.

(7) HERMANT, p. 255. Voir aussi la comparaison que fait M. HERMANT entre fascisme italien et national-socialisme qu'il considère à juste titre comme radicalement distincts, pp. 239 et s.

(8) HERMANT, pp. 265 et 266 ainsi que 311.

(9) HERMANT, pp. 257, 260, 272 et s., pp. 284 et 290.

(10) Lettre encyclique « mit brennender Sorge » sur la situation de l'Eglise catholique dans l'empire allemand, datée du Vatican, le dimanche de la Passion, 14 mars 1937.

Le hitlérisme n'est pas anti-chrétien à la manière du communisme qui nie Dieu, il est anti-chrétien parce qu'il se divinise lui-même (11).

Les dogmes principaux de cette religion, les thèmes principaux de cette mystique sont le racisme (11<sup>a</sup>), la communauté populaire (*Volkstum*) et le principe d'autorité (*Führerprinzip*) (12).

De ces dogmes découle une morale supérieure qui domine de très haut tout le droit et non pas à la manière d'un droit idéal qui n'aurait pas encore trouvé toute son expression dans le droit positif, mais à la manière d'une source du droit qui s'ajoute aux sources législatives en ayant la primauté sur elles (12<sup>a</sup>), source à laquelle le juge est tenu de puiser.

## 2. — Influence du National-Socialisme sur le droit

44. L'influence du National-Socialisme sur le droit nous paraît se traduire par une Etatisation croissante (13), un Etatisme « totalitaire » ainsi que par l'absorption progressive du droit privé par le droit public (14) ; elle se traduit

(11) Cf. HERMANT, p. 292 et l'Encyclique « mit brennender Sorge ».

(11<sup>a</sup>) Cf. sur la race : Adolf HITLER, *Mein Kampf*, t. I, ch. XI, pp. 280 et s. ; traduction citée pp. 283 et s. ; Alfred RÖSENBERG, I<sup>er</sup> livre, *I Rasse und Rassenseele*, pp. 21 et s. et pp. 81 et s.

(12) Henri JOURDAN, *art. cité*, p. 1086-3 ; HERMANT, pp. 227 et 233.

(12<sup>a</sup>) HEUBER, *Rechtsstand und Rechtsgestaltung in Festausgabe der ZAkDR.*, année 1936, p. 864 ; cf. Henri JOURDAN, *art. cité* p. 1086-6 où il dit que le chef de l'Etat nazi « est la source de la loi parce qu'il est la source de la confiance ».

(13) Selon M. Henri JOURDAN, le droit est complètement « politisé », *art. cité* p. 1086-6 ; cf. ROSENBERG, III<sup>e</sup> livre, *IV Das nordisch-deutsche Recht*, où il traite des rapports du droit et de la politique p. 571.

(14) Cf. DÖLLE in *ZAkDR.* du 15 juin 1936, p. 362.

encore par la substitution à l'individualisme libéral (14<sup>1</sup>) d'une sorte de conception communautaire exprimée dans la maxime « *Gemeinnutz geht vor Eigennutz* » (15) et enfin par la suppression du principe démocratique.

Puisque nous assistons à une absorption croissante du droit privé par le droit public, il peut ne pas être indifférent de connaître les principes directeurs de ce droit public. Tout d'abord le hitlérisme a sa conception personnelle de l'Etat et des rapports du droit et de l'Etat (16). L'Etat ne fait qu'un avec le peuple ; c'est un « *Volksstaat* » (17) ; il n'est plus une collection d'individus mais un être collectif, une « communauté populaire » (*Volkstum, Volksgemeinschaft*) qui comme telle a son âme propre. En droit public les individus ne sont considérés comme ayant des droits subjectifs que dans la mesure où ces droits sont utiles à la communauté (18).

Il en résulte un grand principe qui domine tout l'édifice juridique : « *Recht ist, was dem Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet* » (19) ; le droit se confond avec l'intérêt

(14<sup>a</sup>) Cf. FRANK, *N. S. Handbuch*, pp. 936 et s. Selon le D<sup>r</sup> HEUBER la Révolution nationale-socialiste impliquait fatalement par sa nouvelle « conception du monde » une révolution du droit, cf. art. cité p. 864.

(15) « L'intérêt général prime l'intérêt particulier », art. 24 du programme du parti Nazi, cf. Roger BONNARD, pp. 7 et 38 ainsi que p. 167.

(16) Cf. Roger BONNARD, *op. cit.*

(17) Cf. HERMANT, pp. 266, 267 et 289.

(18) Cf. Roger BONNARD, pp. 38 et s. et p. 160.

(19) Cf. FRANK, *Nationalsozialistisches Handbuch*, préface p. XIV, et Dr. HEUBER, *Rechtsstand und Rechtsgestaltung in Festausgabe der ZAkDR.*, année 1936, p. 865 et dans le même fascicule l'article de M. Walter BUCH, p. 844.

L'axiome « le droit c'est l'utilité du peuple », dit le Saint Père dans l'Encyclique « *mit brennender Sorge* », est en opposition avec le droit naturel, à moins qu'on ne lui fasse dire que « ce qui est moralement défendu ne peut jamais servir au véritable bien du peuple ». — M. BRUNSWIG, dans l'article auquel nous avons déjà fait allusion, dit : « L'ancienne notion de droit et de légalité est subordonnée au sentiment nou-

du peuple allemand. C'est la négation de toute valeur spirituelle antérieure et supérieure non seulement au droit, mais au national-socialisme (20), c'est aussi un droit de caste, non individualiste mais raciste.

Ce racisme (21) a d'abord consisté à proclamer la supériorité de la race germanique ou nordique (21<sup>a</sup>), supériorité accordée aujourd'hui à toute la race aryenne, de sorte que le racisme prend maintenant surtout la forme de l'antisémitisme (22) ; mais il se traduit encore par l'eugénisme, l'encouragement à la natalité et le « spartanisme éducatif » (23).

Il existe un aspect négatif du national-socialisme ; c'est sa lutte contre le christianisme, contre le marxisme et sa campagne antisémitique ; cette lutte s'est traduite déjà législativement, mais le national-socialisme a-t-il cherché à s'exprimer de façon positive dans des lois ?

La méthode de Hitler n'est pas celle d'un doctrinaire qui bouleverse brutalement de fond en comble la législation existante ; il procède, comme dit M. Lichtenberger (24),

veau de la race, pour le plus grand bien de la communauté nationale-socialiste. »

(20) Cf. HERMANT, p. 278. Il faut remarquer que le national-socialisme a son interprétation personnelle des termes ; le mot Volk, peuple ou plutôt race, n'a pas le même sens qu'au temps du libéralisme ; le terme de « Jurist » a dû être remplacé par celui de « Rechtswahrer », gardien du droit. Cf. Dr. HEUBER, article cité, pp. 865 et 866.

(21) Cf. HERMANT, pp. 258 et 269. ; BRUNSCHWIG, article cité, p. 1086-6 ; GONFREVILLE, in *Encyclopédie française*, t. X, p. 1026-8 ; Edmond VERMEIL, p. 194 ; LICHTENBERGER, pp. 71 et 130 et s. — Cf. ROSENBERG, 1<sup>er</sup> livre, I, pp. 21 et s. — Cf. FRANK, *Rasse als Grundlage und als Gegenstand des Rechtes*, in *JW.* 1937, p. 1140.

(21<sup>a</sup>) Selon M. JOURDAN (article cité p. 1086-4) ROSENBERG, dans *le Mythe du XX<sup>e</sup> siècle*, n'hésite pas à « identifier le Seigneur avec le sang nordique lui-même ».

(22) Cf. BONNARD, p. 33.

(23) Cf. LICHTENBERGER, pp. 130 et s.

(24) LICHTENBERGER, p. 67. L'auteur cite en cette même page les



par retouches successives. En réaliste et en psychologue il préfère laisser les événements se dérouler dans une sage progression. Une réforme trop brusquement imposée risquerait de n'être ni viable ni populaire ; mieux vaut donc promulguer des lois successives que l'on modifie suivant les circonstances pour les ajuster aux besoins ; entre temps on peut agir sur les esprits, changer les cœurs. L'ancienne Constitution, les Codes eux-mêmes sont appelés sans doute à disparaître, mais ils le font sans bruit en tombant tout simplement en désuétude...

Les premières retouches législatives ne furent pas relatives au droit privé et il ne faut pas s'en étonner ; ce n'est pas là que les réformes étaient le plus urgentes. Il fallait que l'on organisât en première ligne l'Etat lui-même ; d'autre part depuis que la crise économique, née en 1929 aux Etats-Unis, s'était abattue à la manière d'une vague de froid sur l'Europe tout entière, des difficultés angoissantes avaient obligé les gouvernants à diriger leurs regards de ce côté, à résoudre les problèmes posés par le travail et par le chômage ainsi que ceux posés par les difficultés d'approvisionnement.

### 3. — *La Réforme du Droit privé*

45. La réforme du Droit privé est cependant voulue et ardemment souhaitée par les partisans du nouveau régime ; mais, en particulier, lorsqu'il s'agit de cette partie du droit privé qui nous occupe, du droit de la famille (24<sup>a</sup>), tout

paroles du Secrétaire d'Etat STUCKART, reproduites dans le *Völkischer Beobachter* du 30 janvier 1936 et selon lesquelles les conceptions du National-Socialisme « ont acquis la force de droit coutumier ». Cf. Roger BONNARD, p. 4 et HEUBER, art. cité p. 864.

(24<sup>a</sup>) M<sup>me</sup> Gertrud SCHOLTZ-KLINK (Reichsfrauenführerin) a été nommée membre de l'« Akademie für Deutsches Recht », ainsi que M<sup>me</sup> Ilse EBEN-SERVAES, avocat ; elles doivent s'occuper du droit de la famille et de la politique démographique. Cf. *Mitteilungsblatt des NS. Rechtswahrerbundes*, p. 14, supplément au *Deutsches Recht* du 15 janvier 1937.

homme un peu averti sait que les réformes brusquées sont vouées à stérilité. Etant donné les méthodes hitlériennes que nous signalions plus haut, il ne faut donc pas s'étonner de trouver le BGB. encore debout.

Ce BGB. n'est plus qu'un instrument de fortune, tout imprégné d'individualisme libéral et de droit romain, en opposition par conséquent avec l'esprit communautaire et germanique du peuple « nazi ». On le considère d'ores et déjà comme périmé, comme destiné à être remplacé par un droit proprement germanique (25), affranchi de tout libéralisme juif et de tout droit romain ; mais on n'en sape que lentement les fondements en le décriant hautement partout ; on l'avilit, on le fait détester avant de le faire disparaître.

Qu'est donc devenu cet enthousiasme presque délirant avec lequel fut accueilli voilà 40 ans, non seulement en Allemagne mais dans tout le monde juridique, ce « Bürgerliches Gesetzbuch » de 1896 si plein de promesses et si longtemps cité comme modèle ? « Sic transit gloria mundi ».

On prévoit l'apparition dans un délai relativement court

(25) Cf. ROSENBERG, III<sup>e</sup> Livre, IV *Das nordisch-deutsche Recht*, pp. 563 et s. (il cite GIERKE à la p. 573). On se rappelle que GIERKE avait violemment attaqué le projet du BGB. comme étant précisément inspiré par le droit romain et détaché de la tradition germanique (cf. *supra*, n<sup>o</sup> 34, note 15) ; il serait intéressant de savoir dans quelle mesure le national-socialisme a fait siens tous les griefs de GIERKE, cf. GIERKE, *Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht* ; GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, pp. 36 et s., cf. FRANK, *die Sklaverei der Paragraphen*. — ZAkDR., pp. 319, année 1936 : *Änderung des ehelichen Güterrechts und Erbrechts tut not*. — Cf. FRANK, *National-Sozialistisches Handbuch*, avant-propos p. VII et programme du parti article 19. — Cf. SCHLEGELBERGER, *Abschied vom BGB.*, Berlin, 1937, p. 26. — Cf. DÖLLE, *die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts in ZAkDR.*, 15 juin 1937, pp. 359 et s. — Cf. LANGE, *Lage und Aufgabe der Deutschen Privatrechtswissenschaft*, 1937, pp. 24 et 25.

d'une nouvelle réglementation relative au droit de famille ; elle ne sera pas faite, nous dit-on, sous forme de codification, mais comportera un ensemble de lois réparties en plusieurs groupes, selon la méthode préconisée pour tout le droit civil (26).

Comme nous l'avons signalé plus haut, quelques lois de détail ont été déjà promulguées dans le domaine du droit de la famille ; elles sont l'application de principes relatifs au racisme et à l'eugénisme. Bien qu'elles n'aient généralement pas de rapport avec la capacité, nous les indiquerons brièvement parce qu'elles permettent de préciser l'atmosphère juridique dans laquelle vivent les femmes allemandes. Les réformes relatives à la propriété paysanne et à l'organisation du travail ont eu, elles aussi, leur répercussion sur la situation de la femme.

#### 4. — *Les Lois positives*

**46. a) Loi du 14 juillet 1933 sur la stérilisation (27)** (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*). Elle porte atteinte à la jouissance des droits de la femme comme de l'homme. Dans le § 10 a qui y a été rajouté par la loi du 26 juin 1935 (28), il est prévu que, pour mettre fin à l'état de grossesse d'une femme quand on peut craindre que l'enfant à naître soit atteint d'une des maladies à enrayer, il faut le consentement de la femme enceinte. Plusieurs autres mesures intéressent cet eugénisme sur lequel nous ne pouvons nous étendre.

(26) Cf. *Deutsches Recht*, 15 février 1937, pp. 79 et s. et DÖLLE, *Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, in *ZAkDR.*, 15 juin 1937, p. 359. — Cf. SCHULFGELBERGER, *Abschied vom BGB.*, Berlin, 1937, p. 26. — Cf. *Deutsches Recht*, 15 avril 1937, *Familienrecht*, pp. 142 et s. et LANGE, in *ZAkDR.*, 1936, p. 967.

(27) *RGBl.* 1933, I, p. 529.

(28) *RGBl.* 1935, I, p. 773.

b) *Loi du 29 septembre 1933 sur les domaines héréditaires (Reichserbhofgesetz)* (29). Elle touche à la capacité de jouissance de la femme en instituant pour la noblesse paysanne qu'elle crée un droit successoral spécial avec privilège de masculinité (30). Les conséquences de cette loi étant surtout d'ordre successoral nous ne nous y arrêterons pas, mais signalons seulement qu'au cas où la femme mariée possède un domaine héréditaire ayant qualité d'apport (*Eingebrachtes Gut*) c'est le mari qui a la jouissance et l'administration du domaine, ce qui n'est pas déroatoire au droit commun.

c) *Loi du 14 février 1934*. Depuis cette date l'appartenance aux divers pays (*Länder*) a été supprimée. L'Allemagne est devenue un Etat unitaire ; il n'y a donc plus ni Bavaroises, ni Prussiennes, ni Saxonnnes ; il n'y a que des Allemandes.

d) *Lois de Nuremberg du 15 septembre 1935*. Elles sont la traduction législative de l'antisémitisme. Depuis lors les juifs des deux sexes ne possèdent plus la qualité de citoyens allemands ; ils sont seulement sujets du Reich (31). En outre les mariages mixtes entre juifs et aryens sont interdits (32) ; le mariage est considéré non plus avant tout comme une affaire privée entre époux mais comme une affaire intéressant la communauté (33), c'est un exemple du phéno-

(29) Cf. C. A. BOUTANT, *Les domaines héréditaires en Allemagne*, in *Bulletin de législation comparée* de 1935, p. 356. — Cf. BRUNSWIG in *Encyclopédie française*, t. X, pp. 1086-12.

(30) Ce régime successoral rappelle celui de l'*Anerbenrecht*. L'épouse du *Erbhofbauer* est en règle générale complètement exclue de la succession. Le domaine ne revient à la fille qu'en cas d'absence de descendants mâles ou de frères ou de père du *de cujus*.

(31) *Reichsbürgergesetz* du 15 septembre 1935, § 2.

(32) Cf. *Deutsche Justiz*, 1935, n° 38, pp. 1387, 1103 et 1420.

(33) Cf. *Nationalsozialismus und Familienrecht in Deutsches Recht* du 25 février 1935, p. 82, et dans le même fascicule, MÖSSMER, *Der Gemeinschaftsgedanke im Recht der Eheschließung und Ehescheidung*, pp. 86 et s. Cf. *Gesetz gegen Missbräuche bei der Eheschließung* du 23 no-

mène d'extension du droit public aux dépens du droit privé, que nous signalions précédemment. Suivant la thèse du D<sup>r</sup> Woehrmann, le conjoint aryen, engagé lors de la promulgation desdites lois dans les liens du mariage avec un non-aryen, peut demander l'annulation du mariage pour erreur sur la qualité substantielle du conjoint non-aryen (34). Le sentiment de la faute que constitue le mélange de races, l'aryen ne l'a eu que depuis la Révolution (34<sup>a</sup>).

Les aides ménagères aryennes âgées de moins de 45 ans ne peuvent plus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1936 être occupées dans des ménages juifs en vertu de la loi sur la protection du sang et de l'honneur allemands du 15 septembre 1935 (35).

e) *Loi du 18 octobre 1935* (36). Cette loi a institué le certificat prénuptial qu'une décision du Ministre de l'Intérieur doit rendre ultérieurement obligatoire.

47. f) *Vie professionnelle*. De nombreuses décisions restreignent l'emploi des femmes particulièrement des femmes mariées ; ces mesures ont pour but de remédier au chômage et de favoriser la politique démographique du Reich

vembre 1923 qui modifie les §§ 1325, 1699, 1703, 1754 et 1770 BGB. On prépare une réforme relative au divorce ; celui-ci pourrait être requis contre la volonté même des conjoints. Cf. MÖSSMER, in *ZfKDE* 1936 ; *JW.* 1936, p. 345.

(34) *JW.* 1933, p. 2041 ; TIMOROUENOS, p. 58.

(34<sup>a</sup>) Cf. TIMOROUENOS, pp. 58 et s.

(35) *RGBl.* 1935, I, p. 1146 ; cf. *Völkischer Beobachter* du 16 septembre 1935. *Informations sociales du B. I. T.*, t. LVI, oct.-déc. 1935, p. 14. *Année sociale du B. I. T.* 1935-36, p. 209. Cette loi a été complétée par une ordonnance d'application du 14 novembre 1935.

Antérieurement, une loi du 7 avril 1933, dans son § 3 (Arierparagraph), avait exclu les juifs des fonctions publiques, puis une loi du 30 juin 1933 interdisait à tout fonctionnaire d'épouser une juive, cf. LICHTENBERGER, p. 143.

(36) *RGBl.* 1935, I, p. 1246. Gesetz zum Schutze der Ehegesundheit des deutschen Volkes.



en permettant le retour de la femme au foyer. Ce mouvement de défaveur à l'égard du travail de la femme mariée n'est d'ailleurs pas limité à l'Allemagne mais très général aujourd'hui (37) ; aussi nous permettrons-nous une courte digression à son sujet.

A l'individualisme antérieur, grâce auquel le mari était seul juge de l'opportunité pour sa femme d'exercer une profession, s'est substituée peu à peu dans un grand nombre de pays une doctrine de plus en plus interventionniste. La crise aiguë commencée en 1929 aux Etats-Unis a prouvé que le libéralisme individualiste est insuffisant à assurer l'ordre de la société au stade économique auquel nous sommes parvenus. Aussi les pouvoirs publics ont-ils essayé de remédier à cet état de choses ainsi qu'un certain nombre d'œuvres privées. Le Souverain Pontife lui-même a indiqué comment pouvait être réalisée la « *Restauration de l'ordre social* » (38). On peut et l'on doit chercher à corriger les inconvénients du libéralisme par une organisation qui, tout en ayant en vue le bien commun, respecterait le plus possible la liberté de chacun ; l'organisation corporative paraît répondre à ces besoins, elle laisse agir l'initiative privée mais en lui fixant certaines limites afin de mieux réaliser la justice sociale (39) ; malheureusement beaucoup de pays ont cru guérir la société des plaies du libéralisme en recourant à un socialisme qui n'est bien souvent que de l'Etatisme ; l'Allemagne prend rang parmi ceux-là.

Relativement au mouvement qui nous occupe plus particulièrement ici, le mouvement d'hostilité à l'égard du tra-

(37) Cf. Henri FUSS, *Le chômage et le placement des femmes*, in *Revue internationale du travail*, 1925, pp. 496 et 497. — Andrée JACK, in *Revue Politique et Parlementaire*, août 1936, pp. 272 et s.

(38) Cf. la Lettre Encyclique « *Quadragesimo Anno* » de Sa Sainteté Pie XI.

(39) En ce sens, cf. l'Encyclique « *Quadragesimo Anno* ».



vail féminin, on peut dire que, s'il n'est pas exempt parfois d'un certain égoïsme masculin, il est cependant, lorsqu'il s'adresse à la femme mariée, légitimé par des principes moraux et sociaux tout à fait fondamentaux. Il est souhaitable en effet que la femme mariée, spécialement lorsqu'elle est mère, puisse réintégrer son foyer. Elle y trouve une tâche à remplir qui assure la cohésion de la famille et il est fâcheux que les conditions économiques l'obligent bien souvent à désertier ce foyer pour contribuer à faire vivre le ménage. S'il était naturel que dans un cas exceptionnel comme celui de la guerre, la femme cherchât à remplacer les hommes, le jour où la crise économique accroît le chômage, la situation se trouve inversée et il devient normal que la mère de famille, la première, rentre chez elle. Peut-être y a-t-il de la part de certaines femmes mariées qui travaillent une sorte de trahison (40) ; elles négligent leur tâche la plus haute pour vivre d'une vie plus indépendante et s'assurer ainsi qu'à leur entourage plus de confort matériel ; et cependant il n'est pas sûr que l'équilibre du budget ne soit pas mieux réalisé par la femme qui, restant dans son intérieur, y surveille tout avec soin. Si la mère est toute la journée au dehors, elle doit s'en remettre à d'autres pour le soin du ménage ; où est alors l'économie ? Ou alors elle négligera sa tâche, à moins qu'elle n'essaie de faire face à tout, auquel cas elle risque grandement de ruiner sa santé. Suivant l'expression imagée d'Alice Rilke (41), la mère de famille qui exerce une profession est une chandelle qui brûle par les deux bouts « *eine Kerze die an beiden Enden brennt* ». Or des enquêtes menées tant

(40) Cf. P. DONCEUR, *Promotion ou trahison de la femme*, in *Etudes* du 5 juillet 1932 et Lucien ROMIER, *Promotion de la femme*, p. 65.

(41) Cf. Alice RILKE, in *N. S. Frauenbuch* ; « épuisement de la femme surmenée par sa double tâche », dit Eve BAUDOÛIN dans son article « Mère au foyer », paru dans *Etudes* du 10 juillet 1937, pp. 190 et s.

en France qu'en Allemagne il résulte que la plupart des mères qui travaillent y sont obligées (42). L'idéal serait évidemment l'institution du *salaire familial* (43) conforme aux directives données par Sa Sainteté Pie XI dans l'Encyclique *Quadragesimo Anno*. « Et tout d'abord on doit payer à l'ouvrier un salaire qui lui permette de pourvoir à sa subsistance et à celle des siens... Mais il n'est aucunement permis d'abuser de l'âge des enfants ou de la faiblesse des femmes. C'est à la maison avant tout, ou dans les dépendances de la maison, et parmi les occupations domestiques, qu'est le travail des mères de famille. C'est donc par un abus néfaste, et qu'il faut à tout prix faire disparaître, que les mères de famille, à cause de la modicité du salaire paternel, sont contraintes de chercher hors de la maison une occupation rémunératrice, négligeant les devoirs tout particuliers qui leur incombent — avant tout l'éducation des enfants » (44). Une ardente campagne, fondée d'ailleurs sur des motifs variés, est donc menée dans nombre de pays et particulièrement en Belgique, en Italie, en Allemagne, en France, pour ne nommer que ceux-là, en vue de réaliser le retour de la mère au foyer (45). Un Congrès international

(42) Selon Eve BAUDOÛIN, art. cité, p. 191, une enquête menée dans 73 départements a révélé que 80 % des mères de famille expriment le regret de ne pouvoir rester chez elles.

(43) Cf. MAZAS, *Le fondement de l'obligation aux allocations familiales*, thèse Paris, 1936 ; cf. P. du PASSAGE in *Etudes* du 20 juin 1931, p. 651.

(44) Nous choisissons le passage le plus typique mais les lignes suivantes s'appliquent au même sujet ; cf. « L'Encyclique *Quadragesimo Anno* » publiée par les soins de l'*Action populaire*, Paris, SPES, 1937, pp. 167 et s.

(45) En France, cf. Eve BAUDOÛIN, *La mère au travail et le retour au foyer*. BLOUD et GAY, Paris, 1931 ; Yvonne PAGNIEZ, *Le retour de la mère au foyer* in *Revue des Deux-Mondes*, 15 juin 1933 ; cf. Tracts et notices de l'Union féminine Civique et Sociale, 25, rue de Valois, qui

suscité par M<sup>lle</sup> Butillard s'est réuni cet été à Paris ; son programme était « La Mère au Foyer, ouvrière de Progrès humain » (46).

48. Le National-Socialisme se propose, lui aussi, d'éviter à tout prix que la mère soit contrainte de travailler hors du foyer, en assurant au père de famille un minimum d'existence (47). Selon les directives de l'Institut de Placement et d'assurance chômage, l'économie ne peut se passer du travail des femmes, mais il faut tenir compte du fait que la femme doit avant tout « remplir sa mission biologique » (48).

L'Etat allemand est donc intervenu à de nombreuses reprises pour réglementer l'exercice des professions par les femmes ; nous nous arrêterons seulement aux dispositions concernant les femmes mariées, objet de notre étude.

Les restrictions d'emploi s'appliquèrent d'abord aux fonctionnaires. D'anciennes prescriptions ensuite abrogées voulaient que les femmes fonctionnaires fussent congédiées à leur mariage ; elles furent remises en vigueur par une loi du 20 mai 1932 (49), modifiée et complétée par les lois du 30 juin 1933, et 31 mai 1934 (50). En vertu de ces lois toute femme fonctionnaire peut être congédiée à son mariage si

mène une campagne sur ce point ; cf. Encyclique « Quadragesimo Anno », édition précitée de l'*Action populaire*, Paris, SPES, 1937, pp. 182 et s., p. 192, note 3 ; cf. Eve BAUDOÛIN, *La Mère au Foyer*, in *Etudes* du 20 juillet 1937, pp. 190 et s.

(46) Cf. Eve BAUDOÛIN, *article précité*, pp. 193 et s. et dans le journal *la Femme dans la vie sociale*, organe de l'Union féminine civique et sociale, n° de juin 1937, la lettre du Cardinal PACELLI à M<sup>lle</sup> BUTILLARD, l'article de Marie DE TAILHANDIER sur l'*Action pour la Mère au Foyer*.

(47) Cf. Alice RILKE, in *National-Sozialistisches Frauenbuch*, p. 65. — Cf. Else FROBENIUS, *Die Frau im Dritten Reich*.

(48) *Inf. Sociales du B. I. T.*, t. LIV, p. 193.

(49) RGBl. I, p. 245.

(50) RGBl. 33, I, pp. 433 à 435 et RGBl. 1934 ,I, p. 47.

sa situation économique est assurée d'une manière durable par le revenu familial. Depuis les lois des 17 mai 1934 et 13 février 1935 les femmes mariées médecins et dentistes ne sont admises au service des caisses que si l'exercice de leur profession est nécessaire à l'entretien de leur famille (51).

La loi du 1<sup>er</sup> juin 1933 (52) institue des prêts de mariage, ou plus exactement des prêts pour mise en ménage (53) (*Ehestandsdarlehen*) ; les nouveaux couples reçoivent des bons d'achat, à condition que la femme s'engage à quitter son travail (54).

Une offensive sérieuse contre le cumul des gains (*Doppelverdienertum*) dans une même famille et plus spécialement dans un même ménage dut se ralentir considérablement à cause des excès qu'elle avait entraînés, obligeant le gouvernement à intervenir (55) ; tout en consacrant le principe du non-cumul, le ministre mit en garde contre les exagérations que pouvait amener une application sans discernement de ce principe. Certains arrêtés locaux, à Hambourg par exemple, ont interdit l'emploi des femmes mariées (56). Nous faisons observer qu'en vertu de décrets-lois du 16 juillet 1935 les femmes françaises fonctionnaires mariées se sont vu imposer des conditions dont certaines sont voisines de

(51) *Inf. Soc. du B. I. T.*, 17 sept. 1934, p. 375 ; *Année sociale B. I. T.* 1935-36, pp. 190 et 201.

(52) Cf. *RGBl.* 1933, I, pp. 323 et 329. Pour les 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> ordonnances d'application relatives à l'*Ehestandsdarlehen*, cf. *RGBl.* du 24 mars 1936 et du 28 juillet 1936 (*RGBl.* 1936, I, p. 576).

(53) Cf. H. LICHTENBERGER, p. 149.

(54) Cf. *Inf. Soc. du B. I. T.*, t. LIV, p. 192 ; du 20 novembre 1933, p. 255 et du 14 mai 1934, p. 258.

(55) Cf. Circulaire des ministres du Travail et de l'Economie, en date du 20 nov. 1933, in *RABl.* 1933, n° 33, II<sup>e</sup> Partie, et Henri FÜSS in *Revue Intern. du Travail*, 1935, pp. 496 et 497.

(56) *Inf. Soc. du B. I. T.*, t. XLIV, pp. 256, 257 et 260.

celles que nous venons d'énumérer relativement à la femme allemande (57).

### SECTION III

### CONCLUSION

49. L'évolution législative paraît s'être faite avant 1933 dans nos deux pays dans le sens d'un rapprochement ; la promulgation de la loi de 1907 est venue supprimer la différence fondamentale qui existait entre nos deux législations relativement à la capacité et aux pouvoirs de la femme mariée. Tandis que l'Allemagne ne changeait que peu de chose au BGB., la France perséverait lentement dans sa tendance à affranchir la femme. Si donc nous avons été obligée précédemment de réserver la question des droits de l'épouse sur son salaire, nous pouvons dire qu'en 1933 les situations des femmes mariées étaient dans nos deux pays bien voisines. Que dire des tendances actuelles ? Nos droits vont-ils diverger, la France poursuivant sa politique d'émancipation féminine, tandis que l'Allemagne, entraînée dans sa lutte contre l'individualisme, tendrait plutôt à restreindre la liberté qu'elle avait jusque-là accordée à la femme ? Nous serions tentée de le croire, si nous nous en rapportons aux déclarations des chefs du parti national-socialiste (58) ; cependant il nous paraît bien délicat de

(57) Cf. Andrée JACK in *Revue Politique et Parlementaire*, août 1936, p. 273.

(58) En effet, ROSENBERG, après avoir étudié, dans *le Mythe du xx<sup>e</sup> siècle*, les différences psychologiques de l'homme et de la femme, s'élève violemment contre l'émancipation de la femme à laquelle il reconnaît pour unique mission le souci de la conservation de la race dans sa pureté. Nous reproduisons ici dans son texte original un des passages les plus caractéristiques à notre avis : « Aufgabe der echten Frau ist es, diesen Schutt hinwegzuräumen. Emanzipation der Frau von der Frauenemanzi-

répondre à ces questions vu la quasi-impossibilité d'une documentation et l'absence d'accord entre les articles fragmentaires qui ont pu paraître sur ce sujet.

Des restrictions seront imposées certainement à l'individu dans l'intérêt de la communauté (58<sup>a</sup>) ; l'épouse allemande verra-t-elle naître un pouvoir marital plus fort (59) ou bien certaines attributions du mari ne tendront-elles pas plutôt à passer à l'Etat, comme cela serait dans la ligne de l'évolution juridique de nos voisins, caractérisée par une absorption de plus en plus complète du droit par l'Etat ?

pation ist die erste Forderung einer weiblichen Generation, die Volk und Rasse, das Ewigunbewusste, die Grundlage aller Kultur vor dem Untergang retten möchte », p. 512, III<sup>e</sup> Livre, II Der Staat und die Geschlechter (pp. 508 à 513). Voici, en outre, quelques idées extraites d'un discours prononcé par le Führer à Nuremberg, le 8 septembre 1934 : l'idée de l'émancipation de la femme venue de l'intellectualisme juif est en quelque sorte étrangère à la femme allemande ; les deux sexes accomplissent dans une estime réciproque les tâches différentes qui leur incombent de par la nature et de par la Providence. Le monde de l'homme, c'est la nation, celui de la femme c'est son mari, ses enfants, sa maison. « Le Programme de notre « féminisme » national-socialiste ne contient qu'un seul point et ce point c'est l'enfant ». Cf. *Deutsche Allgemeine Zeitung*, 9 septembre 1934, Beiblatt. Des idées semblables furent émises le 11 septembre 1936 lors du Congrès du Parti à la réunion à laquelle participa la N. S. Frauenschaft ; la femme y fut proclamée gardienne de la race (Wahrerin der Art). Cf. *Völkischer Beobachter* du 12 septembre 1936, p. 10.

(58<sup>a</sup>) Le droit de la famille sera avant tout un droit social écrit M. POLLIGKEIT in *DJZ*, 1<sup>er</sup> novembre 1935, col. 1273.

(59) Selon le Dr. MÖSSMER (cf. *Rechtsstellung der Frau im künftigen deutschen Eherecht* in *N.S. Frauenwarte* Heft 21, année 1935-36, p. 665) la femme n'aurait pas besoin d'être inquiète sur son sort, les temps où elle n'était que l'aide ménagère ou la compagne de plaisir de l'homme étant révolus. Telle est la volonté du Führer qui ne voit l'avenir de la race ni dans l'homme ni dans la femme mais dans l'entente harmonieuse des deux sexes.



## CHAPITRE IV

### EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

---

50. Nous examinerons l'évolution jurisprudentielle qui s'est produite depuis 1903 d'abord en France puis en Allemagne.

#### SECTION I

#### EN FRANCE

51. L'évolution jurisprudentielle française a été particulièrement intéressante en ce qui concerne le mandat domestique et sa nature juridique ; c'est donc à ce point que nous limiterons notre étude.

##### a) NATURE JURIDIQUE DU MANDAT DOMESTIQUE

52. Comme nous l'avons dit déjà, rien n'existe dans la loi sur ce point, bien que certains auteurs aient cherché au pouvoir ménager de la femme un fondement dans l'article 1420 C. civ. ; mais cette théorie paraît peu sûre (1). Il s'agit plutôt là d'une théorie jurisprudentielle qui n'a fait que continuer la tradition coutumière de l'ancien droit (2).

(1) Voir sa réfutation par BINET, thèse citée, pp. 37 et s.

(2) Selon M. ROUAST (in PL. et RIPERT, t. II, n° 392, p. 316) la juris-

On avait cherché tout d'abord à expliquer le pouvoir domestique de l'épouse par la théorie de l'*autorisation tacite*, qui s'était montrée peu satisfaisante ; la plupart des auteurs et des décisions de jurisprudence ont ensuite admis la théorie du *mandat tacite présumé* du mari (3) qui s'accordait beaucoup mieux avec les principes de notre droit.

M. Binet, dans sa thèse soutenue en 1904 (4), avait été un des premiers à faire observer que, si la jurisprudence parlait toujours de mandat présumé dans ses motifs, les effets qu'elle faisait produire au soi-disant mandat dans ses solutions d'espèce n'étaient pas en accord avec cette théorie. Il remarque qu'en maintenant le mandat domestique en cas de séparation, alors qu'il y a profonde désunion des époux, on ne s'appuie plus en réalité sur la volonté du mari mais sur un droit propre, indépendant d'une concession matrimoniale et fondé dans l'intérêt de la famille (5) ; il parle de première infidélité du droit français à la théorie pure du mandat, et d'un premier acheminement marqué vers le système du *pouvoir propre* (6). D'ailleurs M. Aftalion était déjà arrivé à cette conclusion dans son ouvrage publié en

prudence se fixe avec assez de netteté pour créer une véritable coutume juridique, selon M. JOSSERAND on est en plein droit coutumier, cf. t. I, p. 498, n° 1010 ; ce dernier auteur parle cependant de mandat légal (cf. t. III, n° 124, p. 68) ; cf. également la thèse de Rica GARTENBERG, p. 38.

(3) ROUAST in PL. et RIFERT, t. II, n° 392, p. 315 ; cf. KIPP, p. 21 et KADEN in *Dictionnaire de Droit comparé* de SCHLEGELBERGER, v° *Schlüsselgewalt*, p. 198. Paris, 17 juin 1899, D. 1900.2.106.

(4) Cf. PL. et RIPERT, t. II, n° 392, p. 315.

(5) Thèse citée, pp. 59 et 60.

(6) Cf. BINET, p. 67. Trib. Seine, 3 déc. 1895, 9 janv. 1897, 6 juillet 1898 et 7 déc. 1899 qui sont cités chez BINET. Selon M. ROUAST (PL. et RIPERT, t. II, n° 393) la majorité des arrêts admettent la persistance du mandat en cas de séparation de fait, ce qui fait penser à un pouvoir légal de représentation (p. 318).

1899 (7) et dans son mémoire, présenté au Congrès international de Droit comparé en 1901, il dit que la jurisprudence française attribue à la femme un pouvoir propre (8).

L'évolution jurisprudentielle paraît bien s'être poursuivie dans ce sens de l'avis de la plupart des auteurs. Selon M. Rouast (9) « La majorité des décisions de justice impliquent, par les solutions qu'elles donnent, l'idée d'un *mandat légal*, d'un pouvoir de représentation qui appartiendrait à la femme en vertu du mariage lui-même » ; il considère cela d'ailleurs comme « une conception un peu bâtarde, intermédiaire entre le mandat volontaire et le droit propre... »

Selon M. Nast (10) « Bien que la plupart des arrêts, pour expliquer la validité des actes ménagers de la femme, recourent à l'idée d'un mandat tacite donné par le mari, il est plus conforme à la réalité des choses de reconnaître à la femme un *pouvoir propre*, qui n'est qu'un des effets traditionnels du mariage. Les solutions admises par la jurisprudence, soit en ce qui concerne l'étendue du mandat, qui est déterminée, non par la volonté du mari, mais par la nature de la dépense, la bonne foi des fournisseurs, etc..., soit en ce qui concerne les conditions de la révocation du mandat, qui sont telles que, bien souvent, la révocation est inopérante, soit enfin en ce qui concerne le maintien du mandat malgré l'abandon de la femme par le mari ou la séparation de fait entre les époux, ne peuvent vraiment s'ex-

(7) AFTALION, *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, p. 105 ; M. AFTALION parle aussi de mandat en quelque sorte légal (p. 105 également). Cf. H. BASSET, p. 278.

(8) Cité par GOUY dans sa thèse, *Du mandat entre époux*, Dijon, 1902, p. 121.

(9) In PL. et RIPERT, n° 392, pp. 315 et 316, t. II.

(10) PL. et RIPERT, t. VIII, n° 568, p. 632.

pliquer que par l'idée d'un pouvoir propre conféré par la loi elle-même à la femme » (11).

La théorie française actuelle (12) paraît donc très voisine de la théorie allemande du mandat légal : elle est à mi-chemin entre la théorie suisse du pouvoir propre et la théorie du mandat présumé du mari. Elle reconnaît à la femme un droit indépendant de la volonté du mari (13), mais qui conserve par certains côtés le caractère d'un mandat : la seule différence est qu'en Allemagne on peut parler d'un mandat légal, puisqu'il est institué par le § 1357 BGB., tandis qu'en France, malgré les termes employés par MM. Rouast et Josserand (14), il nous paraît plus exact de parler de mandat jurisprudentiel ou de mandat coutumier puisqu'aucun texte de loi ne donne de précisions à cet égard. Il semble que le droit français évolue cependant vers la théorie du pouvoir propre : il aurait donc peut-être déjà dépassé le droit allemand pour se rapprocher du droit suisse (15).

#### b) CONDITIONS D'EXISTENCE

**53.** Une autre controverse, au sujet de laquelle règne un certain flottement dans la jurisprudence, a trait non plus à la nature juridique et au fondement du mandat domestique mais à ses conditions d'existence.

(11) Cf. BINET, thèse citée, p. 141. Cf. H. BASSET, pp. 297 et 299. Selon M. ROUAST (in PL. et RIPERT, t. II, note 2, p. 318) la loi du 13 juillet 1907 aurait eu pour conséquence indirecte de renforcer le caractère légal du pouvoir domestique. Cf. NAST, note D. 1924.2.105. Cf. GÉNY, *Science et technique*, III, pp. 250 et s.

(12) Cf. thèse Rica GARTENBERG, pp. 38 et s.

(13) Cf. BINET, thèse citée, p. 143.

(14) Cf. *supra*, n° 52, notes 9 et 2.

(15) Consulter thèse Rica GARTENBERG, selon elle « le mandat légal n'est qu'un acheminement vers la théorie du pouvoir propre », p. 55.

On a prétendu que le pouvoir domestique de la femme était incompatible avec certains régimes matrimoniaux.

La question ne se pose pas en Allemagne, car la « *Schlüßselgewalt* » figure parmi les effets généraux du mariage (§ 1357 BGB.) (16) ; elle est donc indépendante des régimes matrimoniaux.

En France, au contraire, on a prétendu que le pouvoir ménager n'existait ni sous le régime dotal ni sous la séparation de biens. M. Binet a réfuté ces théories (17).

De nos jours encore certains auteurs inclinent à croire (18) qu'en cas de séparation de biens la jurisprudence n'admet pas la théorie du mandat domestique. Ceci nous paraît exact seulement si l'on entend par là que la femme possède un pouvoir ménager qui n'est pas fondé sur un mandat.

La controverse a porté sur l'article 1448 C. civ. (19), en vertu duquel la femme séparée de biens doit contribuer aux charges du ménage, voire même les supporter intégralement quand le mari est insolvable. La jurisprudence actuelle (20) ne se contente pas de reconnaître les effets de cet article entre époux mais accorde aux créanciers un droit direct de poursuite contre la femme. Nos auteurs considèrent donc que la femme s'engage personnellement et que le mandat disparaît.

M. Binet admet la persistance du mandat et ajoute (21) :

(16) Cf. *Motifs*, t. IV, p. 117 ; BINET, p. 172 ; KIPP, p. 48. — Conformément à notre programme nous n'envisageons pas la séparation de fait.

(17) Thèse citée, pp. 61 et 69.

(18) COLIN et CAPITANT, 8<sup>e</sup> éd., t. III, p. 269, n° 350.

(19) Et l'art. 1537 C. civ. pour la séparation conventionnelle. Voir GOUY, pp. 133 et s.

(20) Req., 3 juillet 1907, D. 1907.1.384, S. 1909.1.542 ; Paris, 8 juillet 1925, D. 1926.2.77 ; Req., 31 octobre 1934, *Gaz. Pal.* 1935.1.75.

(21) Thèse citée p. 66, note 2.

« ceci ne préjuge pas d'ailleurs de la question différente de savoir si, malgré la reconnaissance du mandat et l'exclusion de son engagement personnel, la femme ne pourrait pas être poursuivie par les fournisseurs, en vertu de son obligation de contribuer aux charges du ménage... si la femme est déclarée tenue ce n'est pas... en vertu d'un engagement personnel... qui contredirait l'idée de mandat, mais uniquement par application de l'obligation *légale* qui pèse sur elle de contribuer aux frais du ménage » (22).

Par une sorte « d'aller et retour », la femme a donc engagé son mari par ses dépenses ménagères, mais les dettes de celui-ci vont se trouver poursuivies contre elle. La preuve qu'on peut admettre à la fois le maintien du mandat et le droit de poursuite des tiers c'est qu'un jugement du Tribunal de la Seine (23) l'a fait.

Nous nous rallions à l'opinion admise le plus généralement, c'est-à-dire au maintien du pouvoir domestique sous le régime de la séparation de biens (24) ; l'existence de ce pouvoir serait donc en France (25) comme en Allemagne indépendante du régime matrimonial.

(22) En ce sens : KIPP, pp. 56 et 57.

(23) *D. Hébd.* 1926, p. 125.

(24) Cf. BINET, pp. 61 et 67, qui parle de doctrine très ferme du Tribunal de la Seine ; cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 443 et t. VIII, n° 568, p. 633, ce pouvoir est « un des effets du mariage ».

(25) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 443, n° 1020 (éd. 1927). — KIPP, pp. 53 et s., p. 57. — CHÉRON in *Rev. Trim. de droit civil*, année 1909, p. 757. — Cass., 7 juill. 1896, D. 1898.1.18. — Cour de Riom, D. 1854.5.685. — Cour Montpellier, 3 nov. 1925, *Gaz. Pal.*, 2° semestre, p. 759 ; cet arrêt reconnaît la persistance du mandat en cas de séparation de biens, mais rend la femme seule responsable parce qu'elle a fait des achats de luxe et qu'elle ne les a pas faits au nom du mari (aff. CUSAN,ès qual. c/ V<sup>ve</sup> LAHOUDIE). Cf. SAVATIER in D. H. 21 mars 1935.



## c) DROIT DIRECT DE POURSUITE CONTRE LA FEMME

54. Les réflexions précédentes nous amènent à étudier le point suivant : les créanciers ont-ils un droit direct de poursuite contre la femme ? Cette question a été résolue elle aussi par l'affirmative dans trois décisions précitées ; dans deux des cas, les époux ont été condamnés conjointement et solidairement ; dans le troisième la condamnation était indivisible. M. Nast propose plutôt d'en faire une obligation *in solidum* (26).

On peut donner pour base à ce droit direct le principe admis par MM. Colin et Capitant (27) que les créanciers d'obligations contractées pour les besoins du ménage ont toujours action sur les biens affectés à ces besoins. Ces biens sont, sous le régime de la communauté, les biens du mari et les biens communs (28) et sous le régime de la séparation de biens, les biens des deux époux dans une proportion définie (29) ; en outre, les biens réservés de la femme sont sous tous les régimes affectés aux charges du ménage. Quand l'un des conjoints est insolvable, ce sont donc les biens de l'autre qui répondent des dettes en question pour la totalité : ce principe nous paraît suffire à justifier les décisions de jurisprudence citées ; mais il semblerait bien que cette solution dût être limitée au cas d'insolvabilité du mari. On a dit que, lorsque le mari n'est pas insolvable, les tiers n'ont

(26) Paris, 8 juillet 1925 et Trib. de la Seine, 26 déc. 1925, tous deux in D. 1926.277, note NAST ; Req., 31 oct. 1934, *Gaz. Pal.* 1935.1.75, aff. Dame SÈRE c/ VRETTOS (les époux sont condamnés conjointement et solidairement pour fourniture de vêtements faite au mari) ; cf. KIPP, p. 58, note 39 et p. 47 ; cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 443.

(27) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 350, p. 269.

(28) Et sous le régime sans communauté les biens du mari et l'usufruit des biens de la femme.

(29) Cette proportion varie suivant les ressources des époux en cas de séparation judiciaire.

d'action contre la femme que pour sa part contributive (30).

M. Demogue critique la condamnation de la femme qui lui paraît contrevénir aux règles du mandat (31). M. Kipp estime que, quoi qu'il en soit de la légitimité juridique de ces décisions, il faut approuver hautement le sentiment naturel et sain qui les a dictées : il est, selon lui, conforme à l'essence du mariage et équitable de rendre la femme responsable pour tout ce qui concerne la tenue du ménage et cette idée « communautaire » n'est pas à repousser dans la séparation de biens. Cette solution est d'ailleurs intéressante au point de vue du droit comparé, car en droit allemand la femme n'est, en principe, pas engagée personnellement (32).

Le mandat domestique est donc indépendant du régime matrimonial ; la condition essentielle pour son existence c'est qu'il s'agisse d'un mariage valable.

En Allemagne (33) comme en France, le mandat domestique n'existe qu'en faveur de l'épouse et non de toute autre personne appelée à conduire le ménage, mère, sœur, fille ou concubine ; les effets peuvent être les mêmes s'il y a eu mandat volontaire ou apparence de droit, mais il n'y a pas de mandat légal ni jurisprudentiel ; la solution est analogue pour le mariage nul (34).

(30) COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*, et Req., 3 juillet 1907, *précité*, il semblerait que là la femme avait prétendu écarter le mandat en s'engageant personnellement (cf. jugement du Tribunal de Tours).

(31) Cf. DEMOGUE in *Rev. Trim. de Droit civil*, année 1926, p. 424 ; cf. l'avis de M. NAST, cité dans KIPP, p. 58, note 39.

(32) Cf. *infra*, n<sup>os</sup> 72 et 73.

(33) Cf. BINET, p. 172.

(34) Pour la France, cf. art. de M. JOSSERAND, « L'avènement du concubinat » in D. H. 1932, chronique, p. 47 ; cf. thèse Rica GARTENBERG, pp. 31 et s. ; cf. KIPP, pp. 27 et s.

## d) CONCLUSION

55. L'évolution jurisprudentielle française s'est faite d'abord dans le sens d'un rapprochement entre nos deux droits, en donnant au mandat jurisprudentiel français les mêmes caractères qu'au mandat légal allemand ; le BGB. s'est même trouvé dépassé par la jurisprudence française, qui tend à voir dans le pouvoir ménager de la femme un pouvoir propre, reconnu indépendamment des désirs du mari (comme en cas de séparation de fait) et fondant une responsabilité personnelle de la femme. Si dans une certaine mesure le droit allemand est supérieur parce que le pouvoir ménager y a reçu une consécration légale, d'autre part sa rigidité l'a empêché d'évoluer avec la même souplesse que le droit jurisprudentiel français, qui s'oriente maintenant vers la théorie scientifiquement préférable du pouvoir propre consacré par le droit suisse.

## SECTION II

## EN ALLEMAGNE

56. Comme nous l'avons fait dans notre étude législative, et pour les mêmes raisons, nous divisons cette étude-ci en deux périodes, celle qui s'étend de 1903 à 1933, puis celle qui s'est écoulée depuis 1933.

## A. — Evolution antérieure au 30 janvier 1933

57. Nous nous en tiendrons seulement à l'évolution de la jurisprudence du *Reichsgericht* (1), la plus importante. L'interprétation du BGB. ne soulevait d'ailleurs pas beau-

(1) Cour du Reich, dernier degré de juridiction de droit commun en matière civile et criminelle.

coup de difficultés, étant donné la précision et la minutie avec lesquelles le Code avait été préparé. En particulier, en ce qui concerne les droits de la femme, l'évolution a été très peu considérable ; le Reichsgericht a eu cependant l'occasion de résoudre divers problèmes relatifs au régime des biens (2). Voici quelques-uns des cas où il est intervenu :

1° pour définir l'étendue du Vorbehaltsgut et la nature juridique du fonds de commerce (3) ; nous ne nous étendons pas sur ce point que nous développerons en détail dans notre seconde partie (4) ;

2° pour déterminer si une libéralité faite dès avant le mariage avec réserve de Vorbehaltsgut conformément au § 1369 BGB. pouvait être valable. Le Reichsgericht s'est prononcé pour la négative dans un premier arrêt du 21 mars 1907 (5), puis un revirement de jurisprudence s'est produit et il a admis la validité de cette clause dans un arrêt du 19 mars 1923 (6) ;

3° pour déterminer dans quelles proportions la femme doit participer aux charges du ménage sur son Vorbehaltsgut (cf. § 1428 BGB.) ;

4° pour préciser l'étendue de la Schlüsselgewalt ; nous y reviendrons ultérieurement (7). D'autres arrêts indiquent si la femme mariée a ou n'a pas besoin du consentement marital dans des espèces déterminées (8), autrement dit, si

(2) Cf. sur ce point, MITTEIS, *Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Reichsgerichtspraxis*, t. III, pp. 210 et s.

(3) RGZ. 59, 29 ; RGZ. 87, 102 ; RGZ. 127, 115 ; LZ. 1922, p. 650.

(4) Cf. *infra*, n° 167 et s. et WARNEYER, *Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts*, p. 261, § 1367.

(5) RGZ. 65, 367.

(6) RGZ. 106, 381 ; cf. sur ce point, *infra*, n° 104, note 15 et WARNEYER, *Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts*, p. 261, § 1369.

(7) RGZ. 61, 78 ; cf. *infra*, n° 68 et s.

(8) RGZ. 127, 110 et 58, 26.

on est ou non en présence d'une Verfügung au sens du § 1395 (9).

Pour conclure, dans cette première période, l'interprétation jurisprudentielle a eu au point de vue comparatif deux effets différents. D'une part, en rejetant la thèse de Dernburg relativement à la nature juridique du fonds de commerce de la femme, le Reichsgericht s'engageait dans une voie moins libérale que celle pressentie ou souhaitée par M. Lyon-Caen et nos deux droits tendaient à se rapprocher, comme l'examen plus détaillé de cette question nous permettra de le voir ultérieurement (10) ; d'autre part, en décidant que des libéralités faites avant le mariage avec réserve de Vorbehaltsgut conservent après l'union ce caractère, le même Reichsgericht augmentait l'étendue des biens réservés conventionnels, inexistants en France ; sur ce point donc nos deux systèmes juridiques allaient en divergeant.

#### B. — Evolution postérieure au 30 janvier 1933

58. Les règles de l'interprétation juridique se sont assouplies depuis lors et il est recommandé au juge de n'être pas l'esclave de la loi écrite ni de sa lettre (10<sup>a</sup>). Il doit, bien au contraire, s'inspirer de cette nouvelle source du droit qu'est la morale du parti national-socialiste, étant bien entendu que cette dernière source l'emporte sur l'ancienne (10<sup>b</sup>).

(9) Cf. WARNEYER, ouvrage cité à la note 6, p. 263, § 1395 ; cf. *infra*, n° 82 d.

(10) Cf. *infra*, n° 167 et s.

(10<sup>a</sup>) On stigmatise la « Dictature des Paragraphes » ; une nouvelle feuille, *NS. Rechtsspiegel* (organe de combat pour le droit raciste allemand), a été créée pour poursuivre la croisade contre cette dictature ; cf. LANGE, *Mittel und Ziel der Rechtsfindung im Zivilrecht*, in *Festausgabe der ZAkDR.* 1936, pp. 922 et s.

(10<sup>b</sup>) *Gesetzgebung und Rechtsprechung in ZAkDR.* 1936, p. 137,

Selon M. Schlegelberger : « Il est hors de doute que toutes les lois en vigueur doivent être interprétées et appliquées dans le sens de l'idéologie et de l'ordre moral, reconnus dans le programme du Parti » (11). Le chef des juristes allemands a dit dans une conférence du 15 février 1936 (12) « qu'il ne faut pas tenir compte des décisions légales non équivoques quand elles ne sont pas compatibles avec la « saine opinion publique allemande ».

Le Führer lui-même est devenu source du droit (13) et les axiomes « *Recht is was der Führer spricht* », « *Recht ist was dem Volke nützt* » (14) s'imposent au juge, cependant le Reichsgericht a affirmé à plusieurs reprises que l'interprétation nationale-socialiste ne doit pas être admise au delà des limites que le gouvernement lui a personnellement imposées (14<sup>a</sup>).

Les idées nouvelles ont pénétré le Barreau lui-même ; dans l'exposé figurant en tête de l'ordonnance sur le nouveau Barreau allemand du 21 février 1936 (15), il est dit que la profession d'avocat « n'est pas un métier, mais un

11) Conférence du 13 février 1935 à l'Université de Rostock in *Deutsche Justiz* 1935, p. 298 ; traduction empruntée à TIMOROUENOS, *La Robe brune*.

(12) Cf., p. 50, *Mitteilungsblatt*, annexe à la *Revue Deutsches Recht* 1936, cité par TIMOROUENOS. Selon M. BRUNSCHWIG, art. cité p. 1086-20, « une faute contre le « sain instinct populaire » est punissable et cause la nullité d'un contrat » ; cf. FREISLER, *Volk, Richter und Recht* in *Deutsche Justiz*, 16 août 1935, pp. 1160 et s.

(13) Cf. *Deutsche Justiz* 1935, p. 1503 et H. JOURDAN, art. cité, p. 1086-6. GÖRING a déclaré « Das Recht und der Wille des Führers im Nationalsozialistischen Staat sind eins » (Le droit et la volonté du Führer ne font qu'un dans l'Etat National-Socialiste) in *Festausgabe der ZAkDR.* 1936, p. 835.

(14) « Le droit c'est la parole du Führer ». « Le droit c'est l'utilité du peuple » ; cf. *Zum Umbruch unserer Rechtsprechung*, Dr. KESSLER in *ZAkDR.* 1936, p. 320 ; cf. TIMOROUENOS, p. 134.

(14<sup>a</sup>) Cf. TIMOROUENOS, ouvrage cité.

(15) RGBl. I, p. 107 ; cf. TIMOROUENOS, p. 124.



assujettissement au droit », que l'avocat n'est que le « serviteur du droit ».

Les tendances nouvelles se sont déjà fait jour dans un certain nombre de décisions de jurisprudence relatives au droit de la famille. Les suivantes ont été inspirées par le racisme ou, plus exactement, par l'anti sémitisme.

Un arrêt de la Cour de Dresde du 29 janvier 1936, confirmant le jugement de première instance, relatif à l'époux devant obtenir la garde de l'enfant, a accordé cette garde à la mère aryenne, alors que l'application stricte de la loi aurait conduit à l'accorder au père ; mais ce dernier était « assimilable » (16).

L'Amtsgericht de Remscheid a conclu, le 20 janvier 1937, à la non existence du pouvoir ménager de la femme d'un « Nazi » du moment qu'elle avait fait des achats dans un magasin juif (17).

L'Amtsgericht de Berlin - Charlottenburg avait déjà décidé, le 23 février 1935 (17<sup>a</sup>) que le pouvoir ménager de la femme est exclu, quand elle choisit un avocat juif.

Dans plusieurs espèces le juge invoque le « *sain instinct populaire* ».

Dans cette nouvelle période commencée en 1933 le droit allemand a une tendance marquée à s'éloigner du nôtre en faisant appel à des principes nouveaux, essentiellement germaniques et, par conséquent, complètement inconnus chez nous ; il est difficile de prévoir dans quelle mesure cette divergence pourrait encore s'accroître.

(16) Cf. BRUNSCHWIG, art. cité, p. 1086-19 ; cf. *Das Recht* 1936, Heft 2, n° 924 ; *JW.* 1936, p. 285 et *Deutsche Justiz* 1936, p. 692 ; cf. TIMO-ROUMENOS, p. 66.

(17) Cf. *Deutsche Justiz* du 12 mars 1937, p. 402, § 1357 BGB. et *Deutsches Recht* du 30 avril 1937, p. 266, n° 2913.

(17<sup>a</sup>) *Jahrbuch des Deutschen Rechts*, année 1936, p. 451.

## TITRE II

### SITUATION COMPARÉE DES FEMMES MARIÉES ALLEMANDES ET FRANÇAISES ABSTRACTION FAITE DE L'EXERCICE D'UNE PROFESSION ILLUSTRATION PAR QUELQUES EXEMPLES PRATIQUES

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

---

59. Nous avons pensé tout d'abord examiner successivement, dans ce titre deuxième, les principales situations dans lesquelles la femme mariée pouvait se trouver et les solutions pratiques que lui proposaient alors le droit français puis le droit allemand ; ce projet s'est révélé trop vaste eu égard au cadre fixé à ce travail ; nous n'aurions pu y rester fidèle qu'en examinant chaque situation très superficiellement, ce qui ne paraissait pas convenir à un ouvrage quelque peu scientifique. Nous avons donc cru préférable de nous limiter à quelques-unes de ces situations, mais nous nous sommes efforcée de les choisir suffisamment caractéristiques pour qu'elles puissent donner une idée de l'application pratique relative à des cas analogues.

Nous avons divisé à cet effet les situations auxquelles la femme mariée peut avoir à faire face en trois groupes de caractère assez différent et nous avons étudié dans chacun de ces groupes un cas particulier, celui qui nous paraissait le plus apte à faire connaître les difficultés pratiques et le jeu des différentes règles du droit.

Les trois groupes ainsi formés sont intitulés : effets initiaux du mariage, direction du ménage et gestion du patrimoine.

Nous avons mis successivement l'accent dans chacun de ces groupes sur la nationalité de la femme mariée, puis sur son pouvoir domestique et enfin sur ses rapports avec les banques.

Dans ces développements il n'a généralement pas été traité de l'exercice d'une profession par la femme ; nous réservons en effet notre deuxième partie à cette étude.

## CHAPITRE II

### EFFETS INITIAUX DU MARIAGE

---

60. Nous avons groupé sous ce titre les effets du mariage qui sont, pour ainsi dire, immédiats et qui se produisent dès la conclusion de l'union, sans qu'il soit nécessaire de déployer une activité spéciale.

Nous rangeons dans ces effets initiaux la nationalité, le nom et le domicile de la femme mariée ; ces questions sont dans un rapport de dépendance étroite avec celle de la puissance ou prééminence maritale, qui limite à cet égard la capacité personnelle de la femme, mais plus encore son indépendance. Nous avons rattaché à l'étude de la nationalité celle qui vise l'obtention des passeports.

#### SECTION I

#### NATIONALITÉ DE LA FEMME MARIÉE ET PASSEPORTS

##### a) NATIONALITÉ

61. Tandis que la France a aujourd'hui adopté la théorie moderne de l'indépendance de la nationalité de la femme (1), l'Allemagne est restée fidèle à la théorie classi-

(1) Cf. art. de Marc ANCEL : *Le changement de nationalité in la Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*. Publie. de

que de l'unité de nationalité dans la famille, ce qui paraît quelque peu paradoxal, car la théorie traditionnelle est fondée en grande partie sur le principe de l'incapacité de la femme soumise à l'autorité maritale (2).

Si la Française est émancipée à cet égard (3), la femme allemande perd toujours sa nationalité du seul fait du mariage, même si l'acquisition de la nationalité du mari ne lui est pas conférée par la loi de ce dernier (4).

Deux questions peuvent se poser : celle du mariage d'une Française ou d'une Allemande avec un étranger et celle du mariage d'une étrangère avec un Français ou un Allemand. Etant donné que nous nous intéressons spécialement aux femmes allemande et française, nous n'envisageons que la première de ces questions.

La Française, qui depuis la loi du 10 août 1927 (5) épouse un étranger, « conserve la nationalité française à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier » (art. 8 al. 2 de la dite loi) ; « elle perd la qualité de Française si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier » (art. 8 al. 3, loi

*l'Institut de droit comparé de Paris*, pp. 261 et s. ; cf. aussi, p. 59 même ouvrage ; cf. BONNECASE in *Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. VI, n° 112, pp. 164 et s.

(2) Cf. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *L'influence du mariage sur la nationalité de la femme en Roumanie et dans les législations modernes* ; cf. Marc ANCEL, étude citée, p. 268, note 3.

(3) Cf. Gaston CALBAIRAC, *Traité de la nationalité de la femme mariée*, p. 9.

(4) Cf. Angèle AUBURTIN, *Die Staatsangehörigkeit der verheirateten Frau in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. VI, n° 1 (6 février 1936), pp. 35 à 61 ; CALBAIRAC, p. 305.

(5) D. P. 1928.4.1 : cf. COLIN et CAPITANT, t. I, p. 639, n° 606, note 2 ; cf. *supra*, n° 38 ; cf. BONNECASE, *loc. cit.*

du 10 août 1927). La femme allemande qui épouse un étranger perd sa nationalité : « die Staatsangehörigkeit geht verloren... 6 für eine Deutsche durch Eheschliessung mit einem Ausländer » (§ 17 - 6 de la loi du 22 juillet 1913) (6).

La perte de nationalité de l'Allemand s'étend automatiquement à sa femme, si elle vit avec lui (§ 29 de la loi de 1913).

Nous rappelons que, depuis l'ordonnance du 5 février 1934 sur la nationalité allemande (§ 1) (7), l'appartenance aux divers Etats allemands (Länder) a été supprimée ; il n'y a donc plus qu'une seule nationalité : la nationalité allemande.

Nous rappelons encore que les juifs (et par conséquent les juives) ne peuvent plus, depuis 1935, être citoyens allemands (*Reichsbürger*) ; ils n'ont plus que la qualité de ressortissants allemands (*Staatsangehörige*) (8).

Les raisons qui ont amené la France à prendre, sous le rapport de la nationalité, des mesures plus libérales que l'Allemagne à l'égard de l'épouse ne viennent pas du seul désir de l'émanciper ; il faut chercher ailleurs les causes profondes des modifications apportées à la situation antérieure par la loi de 1927 ; comme nous l'avons dit déjà (8<sup>a</sup>) ces modifications s'expliquent par une politique démographique et peut être par un certain nationalisme en même temps que par le succès d'une campagne féministe.

En raison de la faible natalité française et pour atténuer les effets des pertes en hommes causées par la guerre, on a

(6) RGBl. 1913, p. 583. Ce paragr. rappelle le paragr. 13-5° de la loi de 1870 ; cf. WOLFF, § 31, III, 2 ; cf. BOURBOUSSON, ouvrage sur la nationalité.

(7) RGBl. 1934, I, p. 85.

(8) Cf. *Reichsbürgergesetz* du 15 septembre 1935, §§ 1 et 2 (RGBl. I, p. 1146) et la 1<sup>re</sup> ordonnance d'application de cette loi en date du 14 novembre 1935 (RGBl. I, p. 1333), on trouve au § 5 de cette ordonnance un critérium permettant de déterminer qui est juif (*Jude*).

(8<sup>a</sup>) Cf. *supra*, n° 28.



voulu favoriser le mariage des françaises avec des étrangers, espérant qu'au cas où l'étranger se fixerait en France il serait conduit à se faire naturaliser et que les enfants deviendraient français. En revanche, il n'était pas utile de conserver sa nationalité à la femme qui, en se fixant hors de France dès son mariage, montrait plutôt l'intention de se faire assimiler par le pays de son mari (9).

L'Allemagne n'avait pas alors les mêmes préoccupations que nous ; sa natalité, bien qu'ayant subi un certain fléchissement, était plus forte que la nôtre en thèse générale ; c'est pourquoi elle est restée fidèle au principe de l'unité de nationalité dans le ménage, principe admis par la loi du 22 juillet 1913, communément appelée loi Delbrück et qui ne faisait que consacrer sur ce point la loi du 1<sup>er</sup> juin 1870 (10). Depuis l'avènement du National-Socialisme, l'Etat a bien adopté une politique démographique, mais il a trouvé d'autres moyens, qui se sont révélés efficaces, d'augmenter la population, tel l'encouragement à la natalité réalisé sous des formes variées (11).

En matière de nationalité, nous sommes donc dans un domaine où la femme française se trouve beaucoup plus indépendante que l'épouse allemande, puisqu'elle peut conserver à son gré sa nationalité ; si le but du législateur français n'a pas été l'émancipation, le résultat n'en est pas moins là. Une campagne d'opinion existe depuis assez longtemps en Allemagne en faveur de la nationalité indépendante de la femme mariée ; sa cause dominante a été d'abord le désir d'émancipation féminine pendant la période weimarienne ; nous croyons qu'aujourd'hui il faudrait la voir plu-

(9) Cf. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, Supplément de 1928, n° 114, pp. 118 et s.

(10) RGBl. 1870, p. 87, *Annuaire de législ. étrang.*, année 1872, t. I, p. 183.

(11) Cf. LICHTENBERGER, pp. 147 et s., particulièrement p. 150.

tôt dans le nationalisme intégral. Si cette campagne aboutissait à une modification législative, nos deux droits, absolument opposés sur ce point, arriveraient une fois de plus à se rapprocher.

#### b) PASSEPORTS

62. Nous rattachons à l'étude de la nationalité celle des formalités exigées pour l'obtention d'un passeport.

L'administration française était jusqu'à ces temps derniers très exigeante à l'égard de la femme mariée. Si celle-ci n'était séparée de corps, elle ne pouvait obtenir de passeport sans autorisation maritale ; ceci avait même eu un contre-coup, en vue d'éviter les fraudes, sur les règles applicables aux femmes célibataires, qui devaient, par la production d'un extrait d'acte de naissance datant de moins de trois mois, prouver qu'elles n'étaient pas engagées dans les liens du mariage.

Ces mesures assez impopulaires étaient l'objet de vives protestations, particulièrement chez les défenseurs de la cause féminine.

Une circulaire du Ministre de l'Intérieur a, au cours de l'été 1937, supprimé pour les femmes mariées la formalité de l'autorisation maritale en vue de l'obtention d'un passeport.

Ayant observé que dorénavant le contrôle de l'identité des femmes sollicitant un passeport était presque supprimé, on a établi récemment pour elles la nécessité de produire leur acte de mariage (information de presse du 4 septembre 1937) ; il est probable dans ces conditions que les célibataires devront de leur côté toujours produire leur extrait d'acte de naissance.

En Allemagne, selon les renseignements verbaux qui nous ont été donnés à la « *Polizeirevier* », sorte de commis-

sariat de police (12), il n'est exigé aucune autorisation maritale de la part d'une femme mariée sollicitant l'obtention d'un passeport.

A l'heure actuelle, nos deux pays admettent donc que l'épouse, en raison de sa personnalité, a le droit de circuler, de voyager à l'étranger sans le contrôle de son mari.

## SECTION II

### NOM ET DOMICILE DE LA FEMME MARIÉE

63. Selon Colin et Capitant (1) on considère communément que le fait pour la femme de prendre le nom et le domicile de son mari se rattache à la puissance maritale, mais en réalité cette règle devrait survivre à ladite puissance maritale (et c'est ce qui s'est produit en Allemagne), car elle tient à l'unité juridique que constitue un ménage, unité ordinairement représentée par le mari.

#### a) NOM DE LA FEMME MARIÉE

En France c'est en vertu d'un usage que la femme prend le nom du mari (2) tandis que cette question est réglée en Allemagne par la loi (3). Le § 1355 BGB. dispose : « die Frau erhält den Familiennamen des Mannes », c'est-à-dire : la femme reçoit le nom de famille du mari (4).

Le mari représente le ménage vis-à-vis des tiers ; « il est donc tout à fait normal que ce soit son nom qui constitue,

(12) Renseignements qui nous ont été d'ailleurs confirmés par les intéressées.

(1) COLIN et CAPITANT, t. I, p. 639, n° 606 et p. 640.

(2) Cf. *supra*, n° 5 et la note 9 relative à ce n°.

(3) Cf. Anne-Marie GEILER, *Das Namensrecht der Ehefrau nach deutschem Recht und nach den wichtigsten Ausländischen Rechten* 1931.

(4) Cf. WOLFF, § 31, III, 2, p. 104. RG. in *JW.* 1911, p. 572.

en quelque sorte, la firme extérieure, l'étiquette sociale par laquelle le ménage sera désigné (5). C'est d'ailleurs presque toujours le cas à l'étranger ; cependant en Russie blanche (Weissrussland) et en Ukraine les époux peuvent choisir à leur gré le nom du mari ou de la femme ou éventuellement les accoler tous les deux. Cette dernière éventualité n'est plus possible en (R. S. F. S. R.) (5<sup>a</sup>) ; elle constitue un usage que l'on rencontre dans certaines contrées de la France (par exemple dans le Nord et dans l'Est).

En Allemagne comme en France, la femme mariée n'est pas considérée comme ayant perdu son nom de jeune fille (6) ; c'est souvent de ce nom qu'elle signe les actes officiels et elle en conserve l'usage dans certains cas : lorsqu'elle est connue par exemple comme artiste ou comme commerçante sous ce nom.

Pour le nom commercial, la situation est sensiblement la même dans les deux pays. La femme peut poursuivre l'exploitation d'un commerce entrepris avant son mariage sous son nom de jeune fille. S'il s'agit de la création d'une firme pendant le mariage, la femme doit prendre son nom d'épouse, auquel elle peut ajouter son nom de jeune fille pour servir de distinction (6<sup>a</sup>).

#### b) DOMICILE DE LA FEMME MARIÉE

Nous n'avons pour ainsi dire rien à ajouter sur ce point aux indications que nous avons données pour l'époque de 1903 (6<sup>b</sup>).

(5) Cf. COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*

(5<sup>a</sup>) Cf. WOLFF, § 31, III, 2 et note 16, p. 104.

(6) Cf. KOHLER in *Arch. für Ziv. Prax.* 107, 246 et RG. in *JW.* 1912, p. 338.

(6<sup>a</sup>) Cf. Anne-Marie GEILER, *op. cit.* — En Allemagne la femme peut poursuivre le mari pour abus de son nom quand ce dernier a fait passer une étrangère pour sa femme, RGZ. 108, 230 ; RG. in WARNEVER, *Rechtsprechung* 1927 (19), p. 243.

(6<sup>b</sup>) Cf. *supra*, n° 5-3°.

En France la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout (art. 214 C. civ.), de même la femme allemande voit son mari choisir le domicile conjugal (§ 1354 BGB.). L'épouse a son domicile légal chez le mari tant en France (art. 108 C. civ.) qu'en Allemagne (§ 10 BGB.) ; mais, en cas de séparation de corps, cette obligation cesse pour la femme française (art. 108 C. civ. modifié par la loi du 6 février 1893) ; elle cesse aussi en Allemagne pour la femme séparée, qui peut refuser de reprendre la vie commune (6°).

Il est admis dans nos deux pays que le mari doit offrir à sa femme une habitation convenable (7) ; dans le cas contraire l'Allemande n'aurait qu'à invoquer l'abus du droit (§ 1354 BGB. al. 2).

Nous avons dit déjà que sur un point le droit allemand était plus libéral que le nôtre ; la femme allemande n'est pas obligée de s'expatrier en tout état de cause, si le mari fixe son domicile à l'étranger (7<sup>a</sup>). Nous avons dit aussi qu'en Allemagne il n'y avait pas de sanction aux obligations de la femme relatives au § 1354 BGB. du fait de l'absence d'exécution forcée (8) et que, malgré l'admission en France du recours à la force publique, les mœurs n'en faisaient point usage, de sorte que dans nos deux pays la sanction finale à envisager c'est le divorce.

(6°) RGR. § 1354, Ann. 3, p. 59.

(7) Req., 2 juillet 1877, D. P. 77.1.162 ; RG. Warn. Rspr. 1920, p. 113 ; cf. MITTEIS, § 17, II, 1 b « eine geeignete Wohnung » ; cf. RGR. § 1353 Ann. 3, pp. 56 et 57. Etant donné la crise des logements, la femme ne peut cependant exiger, nous dit M. LEHMANN en 1926 (§ 11, I, 2 a), une demeure en rapport avec la situation sociale du mari.

(7<sup>a</sup>) Mais son domicile légal reste chez le mari ; cf. RGZ. 59, 337.

(8) Cf. *supra*, n° 8 ; HRR. 1929, n° 1216 et RGR. § 1354, Ann. 3, p. 59.

La femme commerçante française peut acquérir un domicile spécial pour ses opérations professionnelles, mais son domicile général reste chez le mari. En Allemagne le domicile légal de la femme commerçante reste également celui du mari.

---



## CHAPITRE III

### DIRECTION DU MÉNAGE

---

**64.** Nous diviserons ce chapitre en deux sections, étudiant d'abord la prééminence du mari, puis le pouvoir ménager de la femme, mais insisterons sur ce second point qui nous paraît constituer une des principales prérogatives de l'épouse.

#### SECTION I

#### PRÉÉMINENCE DU MARI

**65.** Le mari est le chef du ménage en France, où la puissance maritale est consacrée ; il l'est aussi en Allemagne où le § 1354 BGB. lui accorde le droit de décision. Les auteurs allemands reconnaissent que le mari jouit chez eux d'une certaine prééminence (*Vorrang*) (1). Nous avons vu qu'en somme le mari allemand a le dernier mot lorsqu'il s'agit de l'autorité parentale, exception faite pour l'éducation religieuse des enfants, qu'il a le dernier mot aussi chaque fois qu'il s'agit, non d'affaires personnelles de la femme, mais d'affaires intéressant la vie commune. Les termes mêmes et l'esprit du BGB. peuvent faire penser cependant que le

(1) Cf. LEHMANN, § 11, II, p. 61.

pouvoir du mari allemand est moins tyrannique que celui de l'époux français. Nous allons tâcher, en étudiant à titre d'exemple des espèces de jurisprudence les unes françaises et l'autre allemande, de donner un de ces coups de sonde dont nous avons parlé.

La seconde partie du § 135<sup>1</sup> BGB. relative au droit pour la femme de ne pas se prêter aux décisions du mari, lorsque ce dernier a abusé de son droit, paraît, avons-nous dit, faire une situation privilégiée à l'épouse allemande puisque le droit français n'a pas consacré dans la loi un principe général de l'abus du droit. Nous croyons cependant, comme nous l'avons dit antérieurement, que la jurisprudence tend chez nous à combler petit à petit cette lacune. Des espèces (1<sup>a</sup>) relatives au droit de contrôle du mari sur la correspondance de sa femme fixent des limites au droit d'investigation du mari et M. Rouast (2) estime que l'on doit « faire intervenir ici la théorie de l'abus des droits ».

En regard de ces espèces françaises, nous pouvons produire un arrêt du Reichsgericht tout récent qui montre que le droit allemand considère le mari, même alors qu'il vit séparé de sa femme, comme pouvant contrôler les faits et gestes de cette dernière et s'opposer à une conduite immorale de sa part.

Il s'agit d'un arrêt du 20 octobre 1930 (2<sup>a</sup>). Il fut jugé que M<sup>me</sup> W. qui fréquentait une sorte de club nudiste, où

(1<sup>a</sup>) Req., 5 fév. 1900, D. 1900.I.45, S. 1901.I.17, note NAQUET ; Req., 6 août 1907, D. 1907.I.512. « Les premiers juges ont estimé que VAN WTBURGHE avait fait de son droit un usage abusif » ; selon M. ROUAST on ne peut parler d'abus du droit « lorsqu'il s'agit seulement de fixer les limites objectives de ce droit », in PL. et RIPERT, *loc. cit.* à la note suivante.

(2) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 382-4°, pp. 205 et 306 ; cf. en Allemagne un cas d'abus du droit relatif à la garde des enfants, RGZ. 55, 419.

(2<sup>a</sup>) RGZ. 130, 178.

elle prenait des bains de soleil dans le plus simple appareil, avait manqué en cela aux devoirs conjugaux. L'arrêt considère comme existant à la charge de chacun des époux une obligation réciproque de prendre en considération les sentiments légitimes de l'autre et d'éviter de les blesser : « qu'un des conjoints doive admettre que l'autre expose aux regards étrangers son corps entièrement découvert, telle n'est pas l'opinion courante que l'on se fait de la communauté de vie », même si les intentions ne sont pas malsaines et même si les époux sont séparés (3). M<sup>me</sup> W. n'était pas excusée du fait que ses actes étaient déterminés par des raisons de santé, car elle aurait pu obtenir le même résultat sans fréquenter ledit club (Naktbad M.). M<sup>me</sup> W. était obligée de s'assurer que son mari consentait aux agissements incriminés, même si elle était en droit de penser que l'autorisation de ce dernier lui était acquise (4) (elle prétendait en effet que c'était son mari qui l'avait introduite dans le mouvement nudiste).

Si le contrôle du mari n'est pas fondé sur la puissance maritale, mais n'est qu'une forme d'un droit de contrôle réciproque des époux, il n'en reste pas moins que la femme allemande est soumise, dans sa conduite, dans sa capacité personnelle, tout comme la femme française, à un contrôle marital.

Les espèces que nous avons examinées peuvent être considérées comme confirmant notre opinion que les mœurs allemandes et françaises sont voisines en ce qui concerne l'indépendance ou la dépendance personnelle de l'épouse, et que l'impulsion donnée par la jurisprudence à chacun

(3) Cf. RGZ. 120, p. 326. — Malgré la séparation de fait la Cour parle de « Lebensgemeinschaft ».

(4) « Als Ehefrau, musste sie sich vergewissern ob ihr Ehemann mit der im vorliegenden Fall geübten Art der Betätigung einverstanden war ». RGZ. 130, p. 180.

de nos droits a pour résultat de les rapprocher l'un de l'autre.

## SECTION II

### POUVOIR MÉNAGER

66. Nous réservons de longs développements à cette étude, car l'exercice de ce pouvoir est une partie importante de la vie pratique de toute femme mariée. Nous envisagerons successivement ce pouvoir domestique relativement à son contenu, à son étendue, à ses effets, puis nous examinerons la responsabilité de la femme pour les actes non permis en vertu de la *Schlüsselgewalt* et du mandat domestique, et enfin le retrait ou l'extinction du pouvoir ménager.

#### § 1. — Contenu du Pouvoir ménager

67. Nous traitons ici de l'objet du pouvoir ménager c'est-à-dire de la nature des actes qui s'y trouvent inclus ; il s'agit donc des rapports entre époux.

Les actes que la femme peut entreprendre ne sont indiqués que de façon générale. Dans le BGB. (§ 1357) on parle de « *Geschäfte des häuslichen Wirkungskreises* » ; autrement dit, la femme peut faire les actes qui concernent le mari, les enfants ou elle-même, pourvu que ce soit dans sa sphère d'action domestique. La loi allemande n'a pu évidemment énumérer tout ce qui rentre dans ce cadre ; il s'agit en général, en Allemagne comme en France, des dépenses journalières d'entretien du ménage et des enfants (1). En gros ce sont les mêmes actes, mais les détails

(1) Cf. PLANIOL, *Traité élém.*, t. III, n° 1099. — *Mot.*, t. IV, j. 118. — RGB., § 1357. — KADEN in *Rechtsvergl. HWörterbuch*, v° *Schlüssel-*

seront différents non seulement d'un pays à l'autre, mais encore dans un même pays suivant les différents ménages. Il faut tenir compte des usages locaux, moraux, sociaux, économiques qui évoluent d'ailleurs avec le temps (2). Ce que la jurisprudence allemande envisage comme rentrant dans le cadre de la *Schlüsselgewalt*, ce sont toutes les acquisitions (*Besorgungen*) dont il est d'usage constant de charger la femme (3) et qui varient d'ailleurs avec les progrès de la science et du luxe (aspirateur, machine à coudre, fer à repasser électrique) (4). Le pouvoir domestique s'étend non seulement aux dépenses proprement dites du ménage (*Haushalt*) mais encore à d'autres actes destinés à subvenir à diverses charges du mariage, telles que frais de vêtements pour la femme et les enfants, frais d'éducation, etc (5).

Nous allons passer en revue successivement les principaux actes que la femme peut avoir à faire : achats, ventes, louages, opérations à crédit, emprunts, consultations de médecins, baux, donations, étant bien entendu que, sauf spécification contraire, nos indications s'appliqueront indifféremment à nos deux pays.

#### A. — Achats

La femme peut acquérir en vertu du pouvoir domestique :

1° Les objets nécessaires aux besoins matériels de la

*gewalt*, p. 202, col. 2. — Cass., 1<sup>er</sup> juin 1929, D. 31.1.79 ; 29 janvier 1930, D. H. 1930, p. 161 ; 30 mai 1932, D. H. 1932, p. 345. — Cf. BONNECASE in *Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. VI, p. 242, n° 177. — Cf. GUYOT sous Cass., 30 mai 1932, cité par BONNECASE, *loc. cit.*, p. 243.

(2) KIPP, p. 5 ; STAUDINGER, t. IV, note p. 2.

(3) « Alle den ehelichen Aufwand betreffenden Besorgungen, deren besondere Beschaffenheit nach der bestehenden Sitte auf eine Erledigung durch die Frau hinweist » in RGZ. 61, 80.

(4) KIPP, p. 60, note 9.

(5) *Mot.*, t. IV, p. 118 ; cf. BINET, pp. 186 et s.

maison : denrées, matériel de chauffage et d'éclairage, produits de nettoyage.

2° Les vêtements et le linge à l'usage de la femme et des enfants (1) ; en France on parle en outre des objets destinés à orner la femme (2). D'après M. Binet (3), il ne rentre pas dans la mission de la femme allemande d'acheter les objets d'habillement du mari ou des membres masculins adultes de la famille ; cet exclusivisme ne paraît pas conforme aux habitudes françaises.

3° Les meubles courants : linge blanc, literie, ustensiles de ménage et de cuisine ; mais, en Allemagne, pas les meubles coûteux, tels que pianos, buffets, ou un mobilier complet (4). En France, l'acquisition d'une armoire a été admise par la jurisprudence (5).

4° Les objets nécessaires à l'éducation des enfants : livres de classe (mais pas les collections), les jeux et petits cadeaux d'agrément (6).

## B. — Ventes

La femme peut vendre des objets ménagers devenus inutiles ou superflus : vieux livres et vieux vêtements (7), ainsi qu'à la campagne certains produits de la maison tels que

(1) Bekleidungsbedarf, cf. RGZ. 61, 80.

(2) Aix, 3 mars 1887, ss. Cass., 16 juillet 1889, D. P. 1891.I.158. — Mais pas un manteau de fourrure de 9.000 fr. (Cour de Colmar du 20 avril 1934, D. H. 1934, p. 372).

(3) Pp. 188 et 189.

(4) BINET, p. 189.

(5) Paix : Paris, 29.5.1902, *Gaz. Trib.* 1902 (2° semestre) 2.204 ; cf. GOUY, p. 124, cité par KIPP, p. 61, note 11.

(6) All. : BINET, p. 189 ; *Mot.*, t. IV, p. 118. — France : KIPP, p. 62 et BINET, p. 70.

(7) All. : BINET, p. 189.



œufs, beurre, légumes, fruits, lait, miel, volailles, mais pas le bétail ni une fraction de basse-cour (7<sup>a</sup>).

Elle ne peut aliéner d'autres choses qu'en cas d'urgence, quand il lui est impossible de se procurer autrement les deniers indispensables à sa mission de ménagère ; elle peut, dans ce cas, engager des objets mobiliers. La vente de titres (8) et la dation en paiement ont été admises en France (9).

### C. — Louages

En France, la femme peut traiter avec des gens de maison ou gens de peine pour les besoins des personnes ou l'entretien de la maison, par exemple avec des cuisinières, femmes de chambre, bonnes d'enfants (10).

En Allemagne, on distingue suivant qu'il s'agit de serviteurs masculins ou féminins ; ces derniers seuls ressortissent indubitablement au domaine de la femme. Quant aux serviteurs mâles, certains auteurs pensent qu'il ne rentre jamais dans les attributions de la femme de s'occuper d'eux. D'autres auteurs estiment qu'il faut distinguer suivant que leur besogne est plus particulièrement ménagère ou non. Les rapports avec les premiers seuls feraient partie de la *Schlüsselgewalt* ; il serait, par exemple, dans le rôle de la femme d'engager un cuisinier, et dans celui du mari d'engager un jardinier ou un cocher (11). La femme peut donc congédier le personnel féminin (12) ou fixer et payer

(7<sup>a</sup>) La femme n'avait pas le droit de vendre l'unique jument du ménage (Caen, 2 mars 1929, *Revue du Notariat*, 30.2.101).

(8) Seine, 23 juin 1896 in *La Loi* du 7 janvier 1897.

(9) Cass., Req., 1<sup>er</sup> mai 1929, *Rec. Gaz. Pal.* 29.2.81.

(10) BINET, p. 70.

(11) Cf. BINET, pp. 190 et s. ; cf. thèse Hans SIMON, pp. 30 et s.

(12) RG. 29 mai 1906, JW 1906, p. 460 (et peut-être certains représentants du personnel masculin).

son salaire (13), mais non congédier l'ordonnance de son mari (Offizierbursch) (14).

L'épouse est qualifiée, dans nos deux pays, aussi pour louer les services d'auxiliaires passagers, tels que blanchisseurs, femmes de ménage, couturières.

Elle peut passer des contrats de louage d'ouvrages pour faire exécuter les objets qu'elle aurait le droit d'acheter confectionnés, ainsi les vêtements et chaussures sur mesure. Elle peut encore faire réparer le mobilier et, dans une certaine mesure, les immeubles du ménage. Mais les traites acceptées par la femme pour la construction d'une maison ne concernent ni les besoins du ménage, ni l'entretien de la famille (15), a-t-il été jugé en France.

La femme peut encore, chez nous, passer des conventions avec les précepteurs et directeurs d'institution d'enseignement (maîtres de pension) pour tout ce qui concerne l'instruction et l'éducation des enfants (16). Une telle faculté paraît refusée à l'épouse allemande (17).

La location d'un appartement n'est pas considérée comme rentrant ordinairement dans la Schlüsselgewalt, mais appartient en principe au mari aussi bien en Allemagne qu'en France (18). Dans ce dernier pays au moins, la location a été admise de ce chef, en cas d'absence du mari, par

(13) SOERGEL, Rechtsprechung 1906, § 1357.

(14) RMGE., t. III, p. 18.

(15) Cass., Ch. civ., 29 janvier 1930, D. H. 1930, p. 161, et S. 1931. 1.321, note CHAVEGRIN.

(16) BINET, p. 71 ; ROUAST (PL. et RIPERT, t. II, n° 394). *Contra* : DAVEAUX ; on s'est demandé si cette manière de voir pouvait s'accorder avec l'art. 373 C. civ. sur la puissance paternelle.

(17) KIPP, p. 62, note 2.

(18) Allem. : BINET, p. 192 ; France : BINET, p. 71 ; KIPP, p. 69, citant dans sa note 31 GOUY ainsi que DEMOLOMBE et GUILLOUARD. Le fait que la location d'un appartement ne rentre pas dans la Schlüsselgewalt ne veut pas dire que la femme ne pourrait pas louer un appartement seule à son nom. Cf. *infra*, n° 81.

la jurisprudence (19). En Allemagne, on rencontre la même solution en cas de séparation de fait, au moins quand elle s'est faite à l'amiable (20).

L'abonnement au téléphone rentre-t-il dans le pouvoir domestique ? On pourrait considérer théoriquement que cela dépend de la situation des époux ; mais, pratiquement, l'administration demande la signature du mari, même en Allemagne où la femme est capable.

#### D. — Opérations à crédit

En France, la femme peut prendre à crédit ; elle peut de même, en Allemagne (21), contracter des dettes en passant les divers actes que nous venons d'énumérer ; un arrêt du Reichsgericht prévoit expressément qu'elle peut prendre à crédit « auf Borg nehmen darf » (22).

On considère en France comme un corollaire de ce droit la faculté pour la femme de signer des reconnaissances de dettes (23) et des arrêtés de compte (24).

En ce qui concerne ces droits, les auteurs ne sont pas d'accord en Allemagne ; certains les refusent à la femme (25). Selon M. Kipp, au contraire, la situation serait la même qu'en France (26).

(19) Trib. de Bordeaux, 29 mars 1838 ; Paris, 9 déc. 1895, D. 1896. 2.134. Cf. KIPP, n° 32, p. 70.

(20) KIPP, p. 70, note 33 ; M. WOLFF, § 43, note 5 ; HÖRLE in *Bürg. Arch.* 31, pp. 131 et 132. — *Contra*, STAUDINGER, § 1357, Ann. 3.

(21) BINET, p. 192.

(22) RGZ. 61, 80.

(23) Cf. KIPP, p. 63.

(24) Cour de Rouen, 3 juillet 1895, *Gaz. Pal.* 1896.1.419 ; KIPP, p. 64 et note 20.

(25) Cf. STAUDINGER, p. 152 ; en ce sens, Frankfurt OLGE. 18, 254.

(26) P. 64, note 21.

On a même admis en France que la femme pouvait promettre des intérêts (27).

### E. — Emprunts

En France, la jurisprudence a reconnu à la femme dans plusieurs espèces le droit d'emprunter (28) ; il s'agissait par exemple de négligence ou insolvabilité notoire du mari (29).

En Allemagne, l'épouse serait, d'après M. Binet (30), autorisée à emprunter, pourvu que le lien de cette opération avec l'emploi domestique des fonds prêtés soit suffisamment établi.

M. Kipp (31) critique la doctrine française qui admet sans condition la faculté d'emprunt de la femme (32). D'après lui, les arrêts de jurisprudence rendus sur ce point sont des arrêts d'espèce et non de principe (33). Selon cet auteur l'emprunt serait possible aussi bien en France qu'en Allemagne, mais son admission ne peut être considérée comme une règle générale. Il dit que mandat et Schlüsselgewalt ne sont pas seulement des droits mais des devoirs (34) ; l'emprunt serait par conséquent admissible, si le mari est négligent ou absent ou si le mari avait été lui-même obligé d'emprunter vu les circonstances (35).

(27) Cf. KIPP, p. 65. Cependant, Cour d'appel de Nancy, 16 janv. 1896, *Gaz. Pal.* 1896.1.382 et Vouziers, 24 avril 1895.

(28) Cass. civ., 17 déc. 1901, D. 1903.1.156 et Cass., 27 juin 1922, D. 1922.1.200.

(29) BINET, p. 193.

(30) P. 193.

(31) P. 67, note 27.

(32) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 394, p. 319.

(33) Dans la 2<sup>e</sup> espèce le mari était en Amérique.

(34) Cf. art. 1991 C. civ. et § 1356 BGB.

(35) En ce sens, en Allemagne : KIPP, p. 68, note 28, et LILIENTHAL ; *contra* : BEZOLD, *Seuff. Blätt.*, t. LXXIV, pp. 167 et s.

## F. — Consultations de médecins

La femme peut appeler le médecin pour elle-même et exécuter ainsi à la place du mari l'obligation d'entretien qui incombe à ce dernier (36).

## G. — Baux d'immeubles

Exceptionnellement, quand il s'agit d'une location mensuelle ou trimestrielle pendant une saison de bains de mer, la femme aurait cette faculté en France (37) ; elle pourrait aussi, dans des cas exceptionnels, donner un appartement à bail en Allemagne (38).

## II. — Donations

Les dispositions à titre gratuit sont autorisées dans nos deux pays dans une faible mesure (39) ; la femme peut donner des objets ménagers devenus inutilisables, vêtements usagés ou passés de mode.

Les présents d'usage de peu d'importance, qu'ils soient en nature ou en argent, sont admis ainsi que les secours modiques aux indigents.

## § 2. — Etendue du Pouvoir Ménager

68. Il n'y a pas plus en Allemagne qu'en France de prescriptions légales précises concernant la détermination quantitative du mandat (1).

(36) C. STAUDINGER, p. 153 ; BRÜCKMANN in *JW.* 1906, p. 76 ; HÖRLE, p. 161, note 85. — Cf. *infra*, n° 73.

(37) Trib. de Paix de Dunkerque, 17 août 1899, *J. Paix* 1900, 62. Cf. *Jurisclasseur civil*, art. 215 à 226, n° 300.

(38) KIPP, p. 70, fin note 33.

(39) Pour l'Allemagne, cf. BİYET, p. 192.

(1) En France, cela va de soi, puisque le pouvoir ménager tout entier est une création jurisprudentielle (ou de droit coutumier).

On admet théoriquement dans nos deux pays que, puisqu'il s'agit de représenter le mari, le pouvoir domestique doit être en rapport avec la situation du mari et avec ses revenus (2). Il ne s'agit pas seulement d'assurer à la femme la subsistance indispensable ; elle a droit à un certain luxe conformément aux facultés et à l'état du mari (2<sup>a</sup>).

Certaines juridictions françaises ont admis l'achat de toilettes luxueuses quand la femme appartenait à la haute société parisienne (2<sup>b</sup>) ; de même le Reichsgericht a considéré dans une espèce à lui soumise que l'achat de tapis de luxe restait dans les limites de la *Schlüsselgewalt* (3).

Ces principes paraissent inapplicables dans la pratique, parce que les tiers ne connaissaient pas la situation réelle des époux. La tendance du droit actuel est, dans la plupart des pays, de permettre aux tiers de bonne foi de se fier aux apparences ; c'est le cas aussi bien en Allemagne qu'en France.

Ce qui sert de critère en France c'est le train de vie, la manière de vivre, la fortune apparente, « la situation apparente » (4), le genre de vie (5). En Allemagne les termes employés sont analogues : « der tatsächliche Zuschnitt des Hauswesens », « die äussere Lebensführung » des époux ou « die äussere Lebenshaltung » (6).

(2) Cf. KADEN, *loc. cit.*, v° *Schlüsselgewalt* ; cf. BINET, p. 81 ; Seine, 9 juin 1905, D. 1905.5.26 ; Trib. de la Seine, 14.3.1889, D. 1891.2.259 (les fournitures « doivent être en proportion avec les revenus des époux »).

(2<sup>a</sup>) France : BINET, p. 80 ; cf. KIPP, pp. 70 et s.

(2<sup>b</sup>) BINET, p. 81.

(3) RG. 30 sept. 1907, BLRA. Bd. 73, pp. 454 et s. in STAUDINGER, § 1357, p. 153.

(4) Cf. Trib. de la Seine, 3 déc. 1895, D. 1896.2.132.

(5) Cf. BINET, p. 84 ; GOUY, p. 130 ; KIPP, p. 71 ; cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 394.

(6) Cf. RGZ. 61, 81 ; le KG. avait recherché si les toilettes de l'intéressée correspondaient à la « äussere Gestaltung des Ehelebens », à la



Les dépenses dont répondra, dans nos deux pays, le mari seront celles qui ont pu paraître normales aux fournisseurs d'après les apparences, alors même que le mari les trouverait excessives ou qu'elles dépasseraient les revenus du ménage (7).

Ainsi, dans une espèce rapportée dans le recueil des arrêts du Reichsgericht (8), le Kammergericht (8<sup>a</sup>) s'était basé pour rendre son arrêt sur les faits suivants : le mari possédait une seigneurie (Standesherrschaft) composée de cinq biens, il était chambellan, à l'époque envisagée il avait en outre de son château de Poméranie une seconde installation à Berlin, enfin sa femme avait fait, d'accord avec lui, des voyages très coûteux ; ce qui importe ce ne sont pas les revenus réels du mari mais le train de vie : « *der tatsächliche Zuschnitt des Hauswesens und die damit zusammenhängende äussere Lebensführung der Ehegatten* » ; c'est dans ce critère qu'il faut trouver les limites de la sphère d'action domestique (*häuslicher Wirkungskreis*) de l'épouse. La Cour spécifie qu'il en aurait été ainsi, même si le mari n'avait pas eu de revenus du tout ; elle considère que les commandes de la femme chez la demanderesse étaient en rapport avec le train de vie « *in angemessenem Verhältnis zur ehelichen Lebenshaltung* » et ajoute que si le mari avait voulu dégager sa responsabilité, il n'avait qu'à demander le retrait de la Schlüsselgewalt (9).

« *äussere Lebensführung* », c'est-à-dire au train de vie. — Cf. KIPP, p. 71.

(7) Cf. Paris, 5 nov. 1907, *Gaz. Trib.* 1908, 1<sup>er</sup> sem. 2.184 ; Trib. Seine, 26 déc. 1925, D. 1926.2.78 ; Rhône, 31 oct. 1929, *Mon. Lyon*, 24 janv. 1930 ; Trib. de Lyon, 3 déc. 1903, *Mon. Lyon*, 22 mars 1904 ; un marchand qui a vendu 3 machines à coudre à une femme qu'il savait ne pas exercer une profession exigeant l'emploi de ces machines n'avait aucun recours contre le mari.

(8) RGZ. 61, 81.

(8<sup>a</sup>) Cour d'appel de Berlin.

(9) Cf. § 1435 BGB. et RGZ. 61, p. 83.

Si la théorie du mandat légal peut expliquer les espèces que nous indiquons, la théorie du mandat tacite du mari n'y peut parvenir : M. Binet (10) signale donc en France une « tendance manifeste à objectiver une concession maritale qui de son essence libre et arbitraire ne peut être que subjective ». M. Kipp remarque à cet égard que ces critères dominants aujourd'hui dans le droit français relativement à l'étendue du pouvoir ménager sont précisément ceux admis par la doctrine dite de la *Schlüsselgewalt*. Il trouve ici une vérification de la théorie selon laquelle il existerait dans nos droits une certaine uniformité ayant son fondement dans le droit naturel, quelque différents que puissent être les principes généraux des droits positifs (11).

### § 3. — Effets du Pouvoir Ménager

69. Ces effets doivent être examinés tant au point de vue des rapports entre époux qu'au point de vue des rapports des époux avec les tiers.

#### A. — Effets entre époux (*Innenverhältnis*)

70. Il s'agit du droit pour la femme de gérer les affaires du ménage, il n'y a de règles spéciales à ce sujet ni en Allemagne ni en France ; ce sont les règles générales du mandat qui s'appliquent dans la mesure où il n'y a pas de différence provenant du fait que ce sont des époux qui sont en présence (1).

Il y a controverse sur deux points :

(10) Thèse citée p. 86.

(11) KIPP, p. 73 ; cf. RABEL, *Zeitschr. f. auzl. u. internat. Privatr.*, t. I, année 1927, p. 7. — Ces idées paraissent voisines de celles du professeur LAMBERT.

(1) France : NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, n° 564 ; All. : M. WOLFF, § 43, note 8, p. 172 ; *Commentaires* du BGB. § 1357 ; Droit comparé : KADEN, *RvglHW*, v° *Schlüsselgewalt*, pp. 200 et 201.

1° En France, la femme qui agit en vertu du pouvoir domestique n'est pas responsable de ses fautes, d'après l'opinion courante, elle ne répond que de son dol (2) ; en Allemagne les époux ne sont tenus entre eux que du soin qu'ils apportent à leurs propres affaires (§ 1359 BGB.) (3).

2° La femme ne serait pas tenue, comme le mandataire ordinaire, de rendre compte (cf. art. 1993 C. civ.). D'après M. Nast (4), il s'agirait d'une dispense complète ; pour d'autres, la femme est seulement dispensée de fournir un compte en règle. D'après la cour de Paris (5), la femme est soumise à l'obligation de rendre compte, mais avec moins de rigueur que le mandataire ordinaire ; le mari est censé avoir approuvé par son silence et la femme est censée avoir rendu compte au fur et à mesure (6).

Nous rencontrons une controverse semblable en droit allemand (7) ; les uns font disparaître l'obligation de rendre compte, les autres disent que l'obligation se borne à donner des renseignements (8).

Ces deux dérogations s'expliquent ; puisque la femme agit sous le contrôle du mari, il pourrait en effet lui retirer le pouvoir domestique en cas de mauvaise gestion.

En Allemagne, la femme est tenue à la restitution de ce qu'elle n'aurait pas dépensé (§ 667 BGB.) : le mari doit lui

(2) NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, n° 564 et note 1, p. 630 ; KIPP, p. 89 ; BINET, p. 110. Cf. Bordeaux, 9 juin 1913, *Rec. Bordeaux*, 1913. 2.258.

(3) BINET, p. 210.

(4) PL. et RIPERT, t. VIII, n° 564 ; cf. Vitry-le-François, 22 mars 1923, *Gaz. Trib.*, 6 déc. 1923, D. 1925.2.13, note NAST.

(5) Cour de Paris, 7 janvier 1903, D. 1904.2.80.

(6) KIPP, p. 92 ; BINET, p. 113. Il en est autrement quand le mari est absent. Rouen, 3 mai 1924, D. H. 1924, p. 553. Dans le même sens, DEMOGUE in *Rev. trim.* 1924, 1011 ; cf. NAST in *Revue critique*, 1925, p. 266.

(7) Cf. HÖRLE, *Bürg Arch.* 31, 124 et s. ; KIPP, p. 92, note 20.

(8) *Mot.*, t. IV, p. 119 ; BINET, p. 212.

fournir, en application du § 66g BGB., les fonds nécessaires à sa mission (*Haushaltungsgeld*), fonds qui ne deviennent d'ailleurs pas sa chose : elle ne peut les employer que pour l'entretien de la famille, cet argent se distingue donc du *Trüffelgeld* ou *Nadelgeld*, sorte d'argent de poche (9).

#### B. — Effets à l'égard des tiers (*Aussenverhältnis*)

71. C'est le point le plus important. D'après le droit commun, les actes passés par la femme devraient produire effets pour et contre elle, à moins qu'elle ne prétende agir à titre de représentant : quand il s'agit des actes ménagers, la présomption est renversée (10) : on présume la volonté de la femme d'agir comme représentant. Les actes ménagers sont considérés comme faits au nom du mari, sauf une certaine restriction en Allemagne (§ 1357 al. 2). Tandis qu'en Suisse c'est l'union conjugale que la femme représente (11), en Allemagne comme en France c'est le mari qu'elle représente, c'est lui qui est engagé et non la femme (12).

Il s'agit, selon M. Oettinger (13) d'un vestige du « *Mundia!prinzip* ». Si le mari est seul à représenter la société conjugale vis-à-vis des tiers, ce n'est pas parce qu'il est le seul à supporter les charges du ménage, c'est à cause de sa prééminence (*Vorrang*) (14).

Les actes ménagers passés par l'épouse dans les limites de son pouvoir de représentation font effet directement pour et contre le représenté, c'est-à-dire le mari (C. civ.

(9) BINET, pp. 208 et 209.

(10) Cf. BGB. §§ 164 et 1357 ; KADEN, *RvglHW.* v° *Schlüsselgewalt*, p. 204, col. 1 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. I, n° 99.

(11) Cf. ROSSEL et MENTHA, t. I, n° 416, p. 286.

(12) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 395 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 626 ; BINET, p. 102 ; Paris, 19 nov. 1897, *Gaz. Trib.* 1898.I.2.171.

(13) Thèse, Breslau, 1932, p. 23.

(14) OETTINGER, thèse citée, p. 24.

art. 1998 ; BGB. § 164) ; mais ces principes ne sont pas toujours appliqués rigoureusement, et bien que le mari soit théoriquement seul responsable, le patrimoine de la femme peut avoir à souffrir d'une diminution (*Minderung*) (15).

Ainsi en France la femme oblige le mari et la communauté (art. 1420 C. civ.) mais ne s'oblige pas personnellement (16) ; d'autre part ses biens réservés répondent des actes ménagers (16<sup>a</sup>) ; l'épouse peut donc voir sa part de biens communs ou ses biens réservés diminués par l'exercice de son pouvoir domestique (et même du fait des actes ménagers accomplis par le mari, loi du 13 juillet 1907, art. 3, al. 2).

En Allemagne, le mari est seul responsable envers les créanciers, mais il répond sur ses biens et sur ceux de la communauté (sans égard à la part de la femme), parce que les dettes du ménage suivent le sort commun de toutes les dettes du mari et grèvent les biens personnels de ce dernier et les biens de sa femme qui font partie du patrimoine matrimonial (17), (c'est-à-dire le revenu des apports sous le régime légal, et sous le régime de communauté, la part des biens de la femme tombée dans le *Gesamtgut*, ainsi que les revenus de ses apports, ou enfin la contribution qu'elle doit au mari sous le régime de séparation de biens) (18). Une portion du patrimoine de la femme répond indirectement parce qu'elle est engagée par les dettes du mari (§§ 1371, 1389, 1427 BGB.) ; il faut distin-

(15) Cf. KADEN, *RvglHW.* v° *Schlüsselgewalt*, p. 204, col. 2.

(16) Cf. mêmes auteurs qu'à la note 12 : art. 3, al. 4 de la loi du 13 juillet 1907 *a contrario*.

(16<sup>a</sup>) Cf. MARGAT, p. 220 ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 155, n° 183, note 1 ; JOSSERAND, t. III, n° 125 et s. 204 et s. ; cf. COLIN et CAPITANT, t. III, n° 122, p. 112 ; cf. art. 3, al. 2 de la loi du 13 juillet 1907,

(17) Cf. BINET, p. 195.

(18) BINET, p. 200,

guer le droit de poursuite des créanciers et la contribution entre époux (*Innenverhältnis*). Ainsi la femme ne répond pas directement mais supporte économiquement la diminution du *Gesamtgut* (19).

Dans cette mesure donc (20), et en dépit du principe que le mari représenté est seul tenu des dettes ménagères, la femme en est également responsable. Seulement ce n'est pas du fait d'un engagement personnel, c'est par le jeu des divers régimes matrimoniaux qui fait retentir d'une certaine manière les obligations du mari sur le patrimoine de l'épouse.

Il est bon d'observer que ni dans un pays ni dans l'autre la femme ne peut être poursuivie *de in rem verso* (21) ; on ne tient pas compte en principe de la situation de fortune des époux, ce qui n'est pas équitable ; nous verrons toutefois qu'il existe des exceptions ; ni en droit français ni en droit allemand le mari ne serait admis à dégager sa responsabilité du fait qu'il aurait remis à sa femme les fonds destinés aux dépenses ménagères (*Wirtschaftsgeld*), excepté sous le régime de la séparation de biens (22).

#### C. — Engagement personnel de l'épouse

**72.** Le droit français ne semble pas permettre à l'épouse de s'engager directement, même si elle en a l'intention. En effet, comme le fait observer M. Kipp, si, en France, le mari est seul obligé, c'est non seulement parce que la femme n'a pas eu ordinairement l'intention de s'obliger,

(19) OETTINGER, thèse citée, p. 35.

(20) BINET, pp. 200 et s. ; cf. art. 207-5 CCS, consacrant une responsabilité directe subsidiaire de la femme ; cf. *supra*, n<sup>os</sup> 53 et 54 et *infra*, n<sup>os</sup> 72 et 73.

(21) BINET, p. 105 ; KIPP, p. 78. Il en serait autrement si les dépenses n'étaient pas indispensables ; cf. thèse Rica GARTENBERG, p. 133,

(22) Cf. KIPP, p. 54.



mais aussi parce qu'elle manque d'autorisation (23). Même si la femme a entendu s'engager elle-même, elle n'en a pas la capacité ; on s'est demandé cependant si les actes ménagers ne rentraient pas dans le cadre de l'administration permise à la femme séparée de biens (24). Quelques décisions de jurisprudence, que d'aucuns trouvent insoutenables, ont cependant déclaré la femme tenue conjointement et solidairement ; au sujet des premières de ces décisions, M. Binet écrivait qu'elles manifestent une tendance de la jurisprudence à donner à la femme une responsabilité propre, un rôle plus personnel dans sa mission domestique en même temps qu'elles visent à assurer aux fournisseurs une garantie plus étendue et notre auteur approuve cette « heureuse évolution » (25), évolution qui se poursuit d'ailleurs de nos jours dans le même sens.

Depuis la loi de 1907, la femme française qui jouit de biens réservés peut les engager sans autorisation ; M. Kipp voudrait voir cette faculté limitée aux cas où l'épouse s'est engagée dans l'intérêt du ménage à cause du fonds d'affectation (26) ; même si l'on introduisait cette restriction, la femme mariée pourrait encore s'engager, si elle en avait l'intention, sur ses biens réservés en vue des actes ménagers.

Le BGB. lui, permet expressément à l'épouse (§ 1357 BGB.) de s'obliger personnellement, sous réserve d'un recours contre le mari. L'intention qu'a la femme de

(23) Cf. KIPP, p. 77 ; BINET, pp. 107 et 122.

(24) *Contra* : KIPP, pp. 56, 77 et 78 ; cf. BINET, pp. 107, 122 et s. ; cf. JOSSERAND, t. III, n° 533.

(25) BINET, p. 108 et note 1 même page. Pour la question de solidarité, cf. note CAPITANT, D. 1903.1.401 ; ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 35 ; KIPP, note 31, p. 56 ; cf. *supra*, n° 53 et 54 ainsi que les notes 20 et 25 qui s'y rapportent.

(26) KIPP, note 8, pp. 79 et 80 ; il cite SALEILLES.

s'engager en personne doit être formellement établie ; c'est le renversement des principes généraux du § 164 BGB. (27).

Quelles sont les circonstances particulières qui entraînent la responsabilité personnelle de la femme ? Ce sera une déclaration expresse, un acte écrit sous son nom (28) ou peut-être le fait notoire que le mari est sans fortune et que la femme conduit le ménage à l'aide de ses ressources personnelles.

En raison de son incapacité il est plus difficile à la femme française qu'à l'allemande de faire tomber la présomption qu'elle a agi comme représentant du mari. Dans le cas cependant où elle aura acquis des biens réservés, elle peut s'obliger personnellement si elle le désire ; nous nous rapprochons ainsi des solutions du droit allemand dans lequel l'épouse qui s'oblige seule n'engage que son *Vorbehaltsgut* sous le régime légal. Elle ne pourrait engager la totalité de son patrimoine que si elle était séparée de biens ; sous le même régime on ne peut affirmer en raison de la controverse indiquée que l'épouse française aurait les mêmes droits.

**D. — Responsabilité de la femme qui a agi dans les limites du pouvoir domestique, lorsque le mari est insolvable**

**73.** Dans ces circonstances le mari est toujours considéré comme seul engagé, solution qui n'est pas équitable lorsque la femme possède de la fortune (1).

Le problème de la responsabilité de l'épouse dans ce cas s'est posé souvent en Allemagne à propos du médecin

(27) *Mot.*, t. IV, p. 119 ; cf. *supra*, n° 71.

(28) BINET, p. 202.

(1) RABEL, *loc. cit.* à la note suivante ; OETTINGER, thèse citée p. 33. Nous avons vu cependant que les dettes du mari peuvent être poursuivies sur certaines parties du patrimoine de la femme, cf. *supra*, n° 54 et 71.

que la femme avait appelé pour elle-même ou pour les siens ; il pourrait de même se poser pour un avocat qui aurait défendu la femme.

On a cherché par diverses constructions juridiques auxquelles la jurisprudence a successivement fait appel, à accorder au médecin un recours contre la femme.

Voici ces théories :

1° *Enrichissement injuste*. — En France on n'admet généralement pas l'enrichissement sans cause, car pour appliquer cette théorie il ne suffit pas d'un profit matériel, il faut un profit juridique ; or la femme ne s'est pas enrichie sans cause puisqu'elle a droit à l'entretien de la part du mari. En Allemagne l'avis du Professeur Rabel (1<sup>a</sup>) est qu'on ne peut parler d'un enrichissement de la femme ; le fait qu'elle soit « *unterhasltspflichtig* » c'est-à-dire tenue de l'obligation d'entretien ne doit avoir d'effet qu'à l'égard du mari et non du médecin (2).

2° *Gestion d'affaires*. — Il est difficile de prétendre que le médecin a géré l'affaire de la femme puisque c'est elle qui l'a fait appeler.

3° *Contrat*. — D'autres croient à l'existence d'un contrat passé par la femme et invoquent l'intention du médecin d'agir pour qui il appartiendra « *für wen es angeht* » ce que le Professeur Rabel n'admet pas. D'ailleurs en cas de responsabilité contractuelle la femme ne pourrait engager que

(1<sup>a</sup>) RABEL, *Zwei praktische Fragen. B. Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Ehefrau in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 1919, pp. 119 et s.

(2) Cff. décision du LG. Berlin II, du 2 avril 1910, citée par FRIEDLÄNDER DJZ. 1910, p. 761 et KGBl. 1910, p. 66. On pourrait invoquer l'enrichissement sans cause quand les dépenses de la femme n'étaient pas indispensables ; cf. thèse Rica GARTENBERG, p. 133.

ses biens réservés puisque par définition, le consentement du mari est absent. (Cf. § 1412 BGB.).

4° *Responsabilité délictuelle de la femme* fondée sur sa connaissance de l'insolvabilité du mari. — Selon le Professeur Rabel cette théorie ne serait applicable qu'exceptionnellement ; il faudrait que la femme eût agi contrairement aux bonnes mœurs « *sittenwidrig* » ; elle devrait alors des dommages-intérêts (§ 826 BGB.) (3). C'est l'opinion soutenue dans une décision du Landgericht de Berlin III, le 24 novembre 1909 (4) ; la jurisprudence a posé dernièrement ce principe que le représentant riche répond pour le représenté sans fortune (5).

5° *Refus de la Schlüsselgewalt*. — Puisque la présomption que la femme agit au nom du mari peut tomber dans certaines circonstances « *unter Umständen* » (§ 1357 BGB.), pourquoi ne pas considérer que l'insolvabilité du mari est une de ces circonstances ? Si, par exemple, le tiers a connu cette insolvabilité, il a entendu faire crédit à la femme (6). Il peut se trouver aussi que la femme ait réclamé le secret du médecin (7) ou qu'elle ait voulu s'engager personnellement (8) ou qu'elle réponde à titre de représentant

(3) Contre une trop grande extension, cf. STAUDINGER, § 1357 3 b, p. 162 ; LG. Berlin KG. 1913, 29.

(4) In Bl. f. Rechtspf. 1909, p. 88, rapportée dans Albert BAER, *Die Haftung der vermögenden Ehefrau für den vermögenslosen Ehemann* ; cf. SOERGEL, § 826.

(5) JW. 1926, p. 2-597 ; LG. Weimar JW. 1928, p. 1610 ; cf. JW. 1930, p. 1562.

(6) Jugement du LG. Berlin III, Bl. f. Rechtspf. 1909, p. 88 in BAER, *loc. cit.*, p. 54.

(7) Breslau, Rspr. 21, p. 216 ; KAHN, JW. 1911, 484.

(8) Colmar, Rspr. 23, p. 407, où il s'agit de travaux onéreux et non indispensables chez un dentiste. Cf. RABEL, *loc. cit.*, p. 116. Cf. thèse Rica GARTENBERG, p. 133.

sans mandat (*Vollmachtslose Vertreterin*) (9) ; c'est le cas quand elle a dépassé les limites de la *Schlüsselgewalt* (10).

6° *Les époux sont responsables solidairement* (*Gesamt-schuldner*). — Cette éventualité ne se rencontre que dans des circonstances tout-à-fait particulières, quand par exemple les époux sont responsables solidairement en vertu d'un contrat (11).

7° *Responsabilité subsidiaire de la femme*. — M. Kohler a montré la seule possibilité d'appliquer le § 157 BGB. Selon lui, la femme est responsable non pas directement mais subsidiairement (12) pour les dettes ménagères (*Wirtschaftsschulden*), en vertu de son devoir éventuel de contribuer aux charges du ménage ; c'est une thèse qui peut se soutenir plus facilement que les précédentes. Cependant, le Professeur Rabel (13) est d'avis qu'on ne doit pas généraliser cette théorie. Contre cette extension trop grande de la protection de la bonne foi M. Oettinger (14) fait valoir que les motifs (15) sont opposés à une responsabilité de la femme.

*De lege ferenda* les auteurs allemands proposent d'instituer une action subsidiaire à la manière du Code civil suisse (16) ; le Professeur Rabel suggère aussi l'idée de la

(9) Cf. WOLFF, § 43. Ann. 3, critiqué par OETTINGER (p. 37) ; le mari ne souffre pas de *capitis deminutio* du fait qu'il est insolvable.

(10) OLG. München Rspr. 2, 212 ; cf. *infra*, n<sup>os</sup> 74 et 75.

(11) RG. in *JW.* 1911, p. 766 ; ici la femme devait payer tout. Marienwerder Rspr. 23, 407, n<sup>o</sup> 1 cité par RABEL, art. cité p. 116. — Au contraire, pour la France, cf. *supra*, n<sup>os</sup> 54 et 72.

(12) Cf. droit suisse, art. 207-5, al. 2 CCS. Voir *infra* note 16 de ce même n<sup>o</sup>.

(13) Art. cité p. 117. Cf. cependant *supra*, n<sup>o</sup> 71 et KADEN in *Rvgl HW.* v<sup>o</sup> *Schlüsselgewalt*, p. 204, col. 2.

(14) P. 37 de sa thèse.

(15) *Motive*, t. IV, p. 117.

(16) Cf. art. 207-5 CCS.

double responsabilité (*Doppelhaftung*) sorte d'*actio adjectivae qualitatis* (17).

D'autres auteurs se sont aussi préoccupés tout particulièrement de cette question : MM. Eugen Josef (18), Franz Oettinger (19) et Albert Baer (20) ; tous admettent plus ou moins le principe d'un recours contre la femme.

Les tâtonnements de la doctrine et de la jurisprudence allemandes que nous venons d'exposer très sommairement offrent un grand intérêt pour le comparatiste. En effet un flottement semblable règne dans la doctrine et la jurisprudence de notre pays ; nous avons eu déjà l'occasion d'y faire allusion, en particulier à propos de la femme séparée de biens, et avons vu que c'est surtout en cas d'insolvabilité du mari que le droit de poursuite directe des créanciers contre l'épouse peut être considéré comme recevable (21) ; les auteurs l'expliquent de façon différente : les uns estiment qu'à défaut de biens du mari, ceux de la femme répondent des dettes ménagères, d'autres voient la femme engagée personnellement en vertu d'un pouvoir propre. On a condamné parfois les époux solidairement, d'autres fois l'obligation a été considérée comme obligation soit indivisible soit *in solidum*.

Les hésitations rencontrées dans nos deux pays, les efforts réitérés que la jurisprudence y a faits pour arriver par des détours à accorder aux tiers un recours contre la femme,

(17) E. RABEL, pp. 119 et s. in *Rheinische Zeitschrift für Zivil. und Prozessrecht* 1919 où l'on trouvera une bibliographie.

(18) Cf. JOSEF, *Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Frau* in *Arch. für die Zivil. Praxis*, t. CXVIII, p. 390, année 1920 ; cf. *Bl. f. Rechtspfl. in KG.* 1911, p. 68 et *Seuff. Bl.*, t. LXXXVI, p. 13.

(19) Thèse citée pp. 11 et s., p. 63 ; cf. Marie MUNK au 33<sup>e</sup> Congrès de Juristes, *Verhandlungen*, p. 243.

(20) *Loc. cit.*, *supra*, note 4 ; cf. ULLMANN in *JW.* 1905, p. 520 ; WASSER, *DJZ* 1910, p. 405.

(21) Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 53 et 54 et n<sup>o</sup> 71 *in fine*.



prouvent combien la lacune de nos droits à cet égard est grave et montrent à quel point les nécessités de la pratique appellent une réforme précise à ce sujet. Nous croyons volontiers, comme la plupart des auteurs allemands, que la meilleure solution consisterait à instituer comme le Code civil suisse (22) une responsabilité directe subsidiaire de l'épouse en cas d'insolvabilité du mari (23).

§ 4. — Responsabilité du fait des actes de la femme qui dépassent en nature et en étendue son droit de gérer le ménage

74. Nous envisagerons successivement la responsabilité du mari puis celle de la femme.

A. — Responsabilité du mari

Nos deux droits appliquent ici les principes généraux du dépassement de mandat. La femme peut d'ailleurs dépasser ses pouvoirs soit qualitativement soit quantitativement.

a) la femme a dépassé *qualitativement* ses pouvoirs, c'est-à-dire quant à la nature de l'acte. Par exemple elle a loué un appartement ou bien elle a signé des traites pour la construction d'une maison (1). Dans ce cas le mari n'est responsable vis-à-vis des tiers ni en France ni en Allemagne (2).

b) la femme a dépassé *quantitativement* ses pouvoirs, ce qui peut se produire de deux façons, soit chez différents fournisseurs soit chez un seul.

(22) Art. 207:5 CCS. *in fine*, « la femme n'est tenue des dettes contractées par le mari ou par elle, pour l'entretien du ménage commun, qu'en cas d'insolvabilité du mari ».

(23) Notre point de vue déjà exposé (cf. *supra*, n° 55) se trouve confirmé par l'étude à laquelle nous venons de nous livrer.

(1) Cf. *supra*, n° 67-C, note 15.

(2) KADEN in *RvglHW.*, p. 206, col. 1 ; KIPP, p. 81.

a) l'épouse s'est adressée à *différents fournisseurs*, de sorte que chaque commande reste dans les limites du pouvoir ménager, mais non leur ensemble. La seule opinion exprimée en France à ce sujet, selon M. Kipp, est qu'on ne peut faire grief au tiers dans ce cas (3) ; en Allemagne au contraire le même auteur est d'avis qu'il faudrait refuser le droit de poursuite au tiers, s'il avait des raisons de se méfier. Dans une espèce allemande déjà citée (4) la dame von P., femme d'un chambellan, avait acheté des toilettes dans plusieurs magasins, dépassant ainsi les limites utiles, le Kammergericht a condamné le mari dont le pourvoi a été rejeté par le Reichsgericht. Comment, disaient les juges, pouvait-il être porté à la connaissance des tiers que la femme avait multiplié ses achats dans divers magasins ?

β) la femme s'est adressée à *un seul fournisseur* ; il y a alors controverse ; l'acte est-il nul en entier ou susceptible de réduction ? En cas de mandat domestique, l'opinion dominante est qu'il faut admettre la réduction en vertu de l'interprétation de l'art. 1998 du C. civ. (5) ; pour le surplus l'acte de l'épouse exige nécessairement l'autorisation du mari ; s'il ne la donne pas, il n'est pas responsable (art. 1998 C. civ. al. 2) (6).

La jurisprudence française distingue entre les dépenses de pur luxe ou de pure fantaisie et les dépenses excessives. Dans le premier cas le mari ne peut être poursuivi ; au contraire, en cas de dépenses exagérées, la réduction est admise (7).

(3) Cf. ISORÉ in *Rev. gén. du droit, de la législ. et de la jurispr.*, t. XLIII, année 1919, p. 97 : de la situation de la femme en cas de non présence du mari, cité dans KIPP, p. 82, note 3.

(4) Cf. RGZ. 61, 82, arrêt de 1906 et RG. in GRUCHOT 52, 677 ; cf. KIPP, p. 97, note 10 ; cf. JW. 1905, p. 486-16.

(5) Cf. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, n° 102.

(6) Cf. KADEN in *RvglHW.*, p. 206 ; KIPP, pp. 83 et s.

(7) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, p. 319 ; BINET, p. 77 ; Riom,

Il a été jugé en France que, si la femme a fait des dépenses dont le total excède les limites du mandat, le tribunal a le devoir de fixer le montant des sommes auxquelles est obligée la communauté, en tenant compte du mandat présumé que de l'enrichissement dont a bénéficié la communauté (8).

Le mari peut être poursuivi *de in rem verso* s'il a révoqué le mandat, mais ne pourvoit pas suffisamment aux besoins de la femme. (9). En Allemagne, quand les fournitures auront profité au mari, les tiers pourront le poursuivre pour enrichissement injuste.

En droit allemand (10) le dépassement de mandat est assimilable à l'absence de pouvoir de représentation, c'est le parag. 177 BGB. qui s'applique. L'acte de la femme sera en suspens (*in der Schwebe*) et dépendra de la ratification du mari ; cependant, M. Kipp admettrait dans certains cas une réduction (11). Dans une espèce de jurisprudence rapportée par M. Josef (12), une femme ayant été atteinte de fièvre puerpérale, la sage-femme, qui était à son chevet, avait appelé un médecin spécialiste contre le gré du mari qui se serait contenté d'un praticien de quartier ; le médecin, venu contre la volonté du mari, n'avait pas d'action contre ce dernier ; toutefois il a été jugé que, d'après le § 684 BGB.,

21 nov. 1846, S. 1847.2.143 ; Trib. de la Seine, D. 1891.2.259 et s. ; Paris, 5 févr. 1895, D. 1895.2.495 ; Paris, 5 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.1.469 ; Montpellier, 3 nov. 1925, D. 1927.2.16.

(8) Rhône, 31 oct. 1929, *Mon. Lyon*, 24 janv. 1930.

(9) Cf. BINET, p. 119 ; cf. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile* in *Rev. trim. de droit civil*, 1922, p. 36. Dans le cas que nous prévoyons le tiers pourrait peut-être exercer aussi l'action oblique (art. 1166 C. civ.) en faisant valoir les droits de la femme contre le mari.

(10) BINET, p. 204.

(11) P. 84 et note 8 ; GRUCHOT 52, 673 et s.

(12) Espèce rapportée in *JW.* 1914, 1124 citée par JOSEF in *Arch. f. die Ziv. Prax.*, t. CXVIII, p. 390 (année 1920).

le mari était obligé de payer les honoraires qu'il aurait versés au médecin de quartier (13).

#### B. — Responsabilité de la femme

75. Si la femme dépasse les limites de son pouvoir sans autorisation du mari, les principes généraux s'appliquent (14) ; il faut distinguer si la femme a agi en son nom propre ou à titre de représentant.

a) quand la femme a agi *en son nom propre*, elle n'est plus mandataire, il faut alors appliquer les principes relatifs à la capacité et aux régimes matrimoniaux (15). En France même quand l'épouse a l'intention de s'obliger personnellement, il lui manque l'autorisation maritale puisqu'elle est incapable. Dans l'ancien droit, une action contre la Duchesse de Villeroy a été repoussée pour cette raison (16). Une espèce de 1890 ne considère pas comme valable la reconnaissance personnelle de dette de la femme en l'absence d'autorisation (17). L'épouse française serait capable seulement si elle était séparée de biens et à condition que l'on considère les dépenses ménagères comme rentrant dans les limites de l'administration (18).

On a admis quelquefois l'action *dè in rem verso* contre la femme quand le mari n'était pas tenu ; cette solution nous paraît très acceptable puisque, par définition, elle a dépassé ses pouvoirs ; si elle s'est enrichie, c'est donc sans cause (19).

(13) Cf. RGR. Ann. 2, § 683.

(14) Cf. KIPP, p. 78.

(15) Cf. *Dict. de droit comparé* de SCHLEGELBERGER, t. II, pp. 158 et 680 ; t. III, pp. 180 et 325 ; t. IV, p. 10.

(16) Cf. BINET, p. 123.

(17) Cf. KIPP, p. 77.

(18) Cf. JOSSERAND, t. III, n° 533. En ce sens, GOUY, thèse citée p. 136. — Cf. AFTALION, p. 333 ; CHÉRON, thèse, Paris, 1901, p. 251 ; BASSET, p. 281 ; Cour d'Agen du 13 juillet 1849, S. 1849.2.367.

(19) Il en serait autrement au cas où le mandat n'aurait pas été

M. Rouast (20) admet en effet l'action *de in rem verso* contre l'épouse, quand la dépense a un caractère somptuaire ou que l'obligation d'entretien a cessé par séparation de fait due à la faute de la femme. Cette dernière n'est exonérée qu'en qualité de mandataire ; si elle a volontairement quitté le domicile conjugal, elle n'est plus couverte par le mandat mais est personnellement débitrice dans la mesure du profit retiré.

En Allemagne, l'engagement personnel de l'épouse est valable (21), puisqu'elle est capable. Cet engagement est d'ailleurs prévu expressément par le § 1357 BGB. ; les dettes ménagères grèvent alors sous le régime légal les biens réservés mais non l'Eingebrachtes et sous la séparation de biens le patrimoine entier de la femme.

b) Quand la femme a prétendu conclure l'acte litigieux en *qualité de représentant*, il faut voir si, d'après les principes généraux, on peut la poursuivre comme représentant sans pouvoir (*Vertreterin ohne Vertretungsmacht*) ; il s'agit alors de l'abus du droit de représentation (22).

En droit allemand, il faut envisager deux éventualités :

α) le tiers s'est aperçu du dépassement de mandat ou aurait dû s'en apercevoir ; la femme ne pourrait alors être poursuivie ; β) dans le cas contraire, l'épouse est responsable selon le § 179 BGB. Comme le premier cas est le plus fréquent, nous arrivons pratiquement au même résultat qu'en France (23), c'est-à-dire que la femme ne pourrait être en général poursuivie.

dépasse ; la femme pourrait avoir retiré alors un profit matériel mais non juridique. Cf. BINET, p. 127.

(20) In PL. et RIPERT, t. II, n° 397.

(21) Cf. BINET, p. 203 et *supra*, n° 72 *in fine*.

(22) KIPP, p. 82, note 5.

(23) KADEN, p. 206, col. 2 ; KIPP, p. 86 ; BINET, p. 122. Quand la femme a trompé sur sa qualité de femme mariée, elle peut être obligée délictuellement, cf. BINET, p. 122 ; pour les actions subsidiaires, cf. KIPP, p. 88, note 18 et BINET, p. 113 et *supra*, n° 73.

### § 5. — Retrait et limitation du pouvoir ménager

76. En raison du danger que le pouvoir domestique lui fait courir, on reconnaît ordinairement au mari le droit de retrait, droit auquel il ne peut renoncer (1) ; en Allemagne le § 1356 réserve l'application du § 1354 ; la femme agit donc sous le contrôle du mari (2).

En Allemagne comme en France la révocation peut avoir lieu à tout moment (art. 1758 C. civ. et § 1357 BGB.) (3) ; mais un retrait injustifié peut être une cause de divorce (§ 1568 BGB.) (4) de même qu'en France ; on considère en effet chez nous que le retrait du pouvoir domestique constitue une imputation calomnieuse par les soupçons qu'il fait porter sur l'épouse quand il n'est pas justifié (5).

Dans les deux pays le retrait n'est pas lié à une forme déterminée (6) ; sans la retirer complètement, le mari peut restreindre seulement la Schlüsselgewalt, par exemple ne plus admettre que les opérations au comptant (7).

#### a) A QUI LE MARI DOIT-IL SIGNIFIER LA DÉCLARATION DU RETRAIT ?

77. En France, il faut que la femme soit avertie (art. 2008 C. civ.) (7<sup>a</sup>). L'opinion dominante en Allemagne est conforme à la jurisprudence du Kammergericht. Selon cette

(1) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 398 ; KIPP, p. 104 ; BINET, pp. 87 et 97 ; cf. *supra*, n° 7.

(2) BINET, p. 217.

(3) Cf. KADEN, art. cité, p. 207, col. 1.

(4) WOLFF, § 43, IV ; STAUDINGER, § 1357-5 b β.

(5) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 523, p. 432. L'imputation calomnieuse résulte donc indirectement de l'exercice abusif du droit du mari (Douai, 1857 ; Colmar, 1858 ; Paris, 13 février 1922, D. 1922.247).

(6) KADEN, art. cité p. 206, col. 2. Cf. *supra*, n° 7.

(7) BINET, p. 218.

(7<sup>a</sup>) KIPP, pp. 113 et s. ; KADEN, p. 206.



opinion, la femme doit être prévenue (8), mais certains admettent qu'il suffit d'avertir les tiers (9) : — Selon M. Kipp, il faut voir deux éléments dans la *Schlüsselgewalt* : le droit de gestion (*Geschäftsführung*) et le droit de représentation (*Vertretung*) (10). Si on ne prévient que les tiers, le second élément seul disparaît ; pour faire disparaître les deux éléments, il faut prévenir à la fois la femme et les tiers (11).

Une déclaration qui ne serait faite qu'à la femme n'a en principe d'effet qu'à l'encontre de celle-ci ; pour qu'elle soit opposable aux tiers, il faut qu'ils en aient eu connaissance effectivement (art. 2003 et 2005 C. civ., § 1357 BGB.). Selon l'opinion courante en France, il faut que le tiers reçoive un avertissement individuel, qu'il soit expressément avisé (12) ; on n'exclut pas le système des annonces dans les journaux (13), mais il n'est pas considéré comme suffisant ; le point important, comme en Allemagne, c'est que le tiers ait eu effectivement connaissance du retrait (14).

Les annonces jouent un grand rôle en Allemagne, mais ont beaucoup moins d'importance qu'en France (15), en raison de la publicité officielle du « *Güterrechtsregister* » (§§ 1357 et 1435 BGB.) ; l'inscription du retrait au regis-

(8) Cf. espèce Modesalon de Berlin in KIPP, pp. 100 et s.

(9) WOLFF, § 43, Ann. 20 ; JOSEF in *Recht* 1908, 441.

(10) Cf. les droits des associés gérants dans les sociétés commerciales *infra*, n° 112, note 15 et n° 160.

(11) Cf. KIPP, pp. 100 et s.

(12) Jurisprudence in KIPP, pp. 113 et s. ; BINET, p. 91 ; Riom, 6 août 1895, en cas de séparation de fait. — COLIN et CAPITANT, t. I, p. 626.

(13) Rapprocher de RGZ. 60, 12.

(14) BINET, p. 94 ; KIPP, p. 111. Les annonces sont suffisantes dans les petites villes où il n'y a que 2 journaux.

(15) Cf. ISORÉ in *Rev. générale du droit, de la légis. et de la jurispr.* 43 (année 1919), p. 97 ; GOUY, thèse, p. 138.

tre matrimonial a un effet général, même à l'égard des tiers de bonne foi.

b) EFFET DU RETRAIT

78. En France la femme, ne pouvant plus représenter le mari, ne peut contracter d'obligation valable que si elle a des biens réservés ou est séparée de biens (à plus forte raison séparée de corps). En Allemagne, le droit de représentation (*Vertretungsrecht*) de la femme est exclu (16). Quand le mandat est révoqué, l'épouse n'en reste pas moins capable, mais elle ne peut engager que son *Vorbehaltsgut*. Si le retrait effectué par le mari constitue un abus du droit, il peut être annulé par le tribunal des tutelles (§ 1357 BGB.), mais le mari peut recommencer indéfiniment à exercer le retrait (17).

M. Kipp (18) fait observer qu'on n'applique pas en France les règles du mandat présumé ; puisque le mari est obligé de révoquer, il s'agit de mandat réel. M. Rouast (19) expose de même qu'en appliquant l'art. 2005 C. civ. on a recours à la théorie du mandat légal. En outre, comme l'a dit M. Binet (20), le système français entraîne souvent une paralysie complète du droit de révocation du mari, à cause de l'impossibilité des avertissements individuels à tous les fournisseurs éventuels, au moins dans une grande ville. Le mari français se trouve ainsi mandant malgré lui et est plus mal protégé que le mari allemand, puisque ce dernier ne voit le retrait devenir inefficace que

(16) Cf. KADEN, art. cité.

(17) On est en présence d'un cercle vicieux, BINET, p. 217.

(18) P. 113.

(19) In PL. et RIPERT, n° 393, p. 317.

(20) BINET, p. 101.

s'il a abusé de son droit (au cas où le retrait a été dûment inscrit).

Selon M. Binet (21), s'il peut être désirable au point de vue social que le mari soit responsable même contre son gré, ce résultat, qui contredit l'essence subjective du mandat, est plutôt conforme à la théorie du pouvoir propre. Certains ont d'ailleurs estimé qu'en Allemagne le mari ne devrait pouvoir exercer le retrait de la Schlüsselgewalt, puisqu'il s'agit d'un mandat légal (22). Nous considérons cependant que même si l'on souhaite voir prendre au pouvoir ménager la forme d'un pouvoir propre, il est préférable de réserver au mari un certain droit de contrôle, puisque après tout sa responsabilité est engagée (23).

### SECTION III

#### CONCLUSION SUR LA DIRECTION DU MÉNAGE

79. L'étude approfondie que nous venons d'achever relativement à divers problèmes soulevés par l'exercice du pouvoir ménager nous paraît confirmer en tous points nos conclusions antérieures.

Si l'on parle encore souvent en France de mandat tacite, ce mandat fonctionne à la manière du mandat légal allemand ; il ne faut donc pas nous étonner de trouver dans nos deux pays des solutions pratiques à peu près identiques en ce qui concerne l'objet, l'étendue, les effets du pouvoir ménager ainsi que le retrait de ce dernier.

La jurisprudence française tendrait cependant de plus

(21) *Loc. cit.*

(22) Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 7 et 42 et LYON-CAEN, p. 114.

(23) C'est le système du Code civil suisse (cf. art. 164 CCS.) avec un recours possible de la femme si sa déchéance est injustifiée (art. 165 CCS.).

en plus à adopter la théorie du pouvoir propre, comme l'ont déjà fait remarquer MM. Aftalion et Binet il y a quelques trente ans ; elle va plus loin alors que le droit allemand resté plus rigide dans ses textes législatifs (1). Cette adoption de la doctrine du pouvoir propre nous paraît très souhaitable aussi bien en France qu'en Allemagne (2).

Nous avons parcouru jusqu'ici le domaine le plus important de l'activité de la femme mariée, car, si toutes les épouses n'exercent pas une profession, toutes ont une maison à conduire et nous avons constaté que dans son domaine propre l'épouse française était reine au même titre que l'épouse allemande ; si nous avions pu examiner plus en détail les situations que fait naître la prééminence du mari, si nous avions pu considérer le rôle que joue la mère française auprès de ses enfants, nous n'aurions pu que rassembler plus d'arguments en faveur de cette thèse de « l'égalité des droits » des épouses françaises et allemandes relativement à leur indépendance personnelle.

Il nous faut donc insister une fois de plus sur le rôle important que jouent les mœurs en matière de droit familial.

Ce sont les mœurs qui ont corrigé d'elles-mêmes ce que les textes du Code civil avaient d'arriéré ; elles ont en outre inspiré la jurisprudence ; ainsi la fiction du mandat tacite a permis en France, comme l'ont fait remarquer plusieurs juristes, de mettre les principes en accord avec les faits ; grâce à elle l'épouse a obtenu le droit d'engager la communauté et les biens du mari, c'est-à-dire un pouvoir propre que nous appelons pouvoir ménager.

Qu'est-il arrivé en Allemagne ? Le BGB. était sur ce

(1) Cependant la fin du 1<sup>er</sup> alinéa du § 1357 BGB. ouvrait la porte aux interprétations plus larges ; il y est dit que la femme est censée représenter le mari à moins que le contraire ne résulte des circonstances « wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt ».

(2) Nous reviendrons sur ce point dans notre conclusion définitive .

point conforme aux mœurs ; aucune évolution n'était nécessaire et l'on a pu pendant longtemps se contenter de l'état existant. Aujourd'hui cependant (3) où les femmes ont une activité extérieure plus considérable, la nécessité se fait sentir impérieusement de fonder une certaine responsabilité personnelle de la femme relativement à ses actes ménagers.

C'est ainsi que les pas de nos juristes convergent vers un même idéal : celui du pouvoir propre, plus respectueux de la personnalité de l'épouse, plus respectueux aussi des intérêts des tiers.

(3) Pour les critiques adressées par les auteurs allemands au système actuel de la Schlüsselgewalt, cf. KIPP, p. 99, note 2 et p. 100 (p. 20 et note 36 même page pour les remèdes préconisés) ; Martin WOLFF, § 43, Ann. 3 et 5 ; RABEL, art. cité. — Cf. WIERUSZOWSKI in *Verhandlungen des 33 Deutschen Juristentags*, p. 336. — Cf. Emmy REBSTEIN-METZGER et DRONKE in *Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentags*, pp. 570 et 602. Cf. *supra*, n° 42.

## CHAPITRE IV

### GESTION DU PATRIMOINE

---

80. C'est dans ce domaine que nous pourrons vérifier le mieux les conséquences des principes relatifs à la capacité patrimoniale et aux pouvoirs de la femme. L'exemple le plus pratique que nous pouvions choisir était, croyons-nous, celui des relations de la femme mariée avec le banquier et c'est à cette étude que nous avons donné tous nos soins.

Nous la ferons précéder cependant d'un examen sommaire de divers actes que la femme peut être conduite à passer avec les tiers tels que baux, abonnements au téléphone et actes de disposition. Nous dirons un mot aussi des rapports de l'épouse avec les notaires.

#### SECTION I

#### ACTES DIVERS ET RELATIONS VARIÉES AVEC LES TIERS

81. En Allemagne les tiers traitant avec une femme mariée demandent ordinairement *a priori* l'autorisation maritale pour toutes affaires importantes, c'est à la femme à prouver qu'elle peut se dispenser de la produire. Le sort de l'épouse allemande sera donc bien souvent le même que celui de la Française.



## a) BAUX

Nous envisageons comme cas le plus courant le bail relatif à l'habitation du ménage. En France, la femme mariée ne peut signer seule un bail que si elle est séparée de biens ; elle le peut dans ce cas parce que le bail est considéré comme un acte d'administration (1). D'après les renseignements qui nous ont été donnés par des praticiens en Allemagne, l'autorisation maritale n'est pas nécessaire pour la signature d'un bail par la femme ; l'usage le plus répandu est cependant de demander la signature des deux époux pour accorder au propriétaire une garantie supérieure (2). Cependant il pourra arriver que ledit propriétaire se contente de la seule signature de la femme si celle-ci est à la tête de biens réservés (Vorbehaltsgut) très importants, particulièrement si le mobilier appartient à la femme et fait partie de cette masse réservée.

Si l'on fait abstraction de ce cas quelque peu exceptionnel, on peut dire que tant en France qu'en Allemagne les propriétaires traitant avec la femme seule exigeront la signature du mari ; mais tandis qu'en France il est encore fréquent que le mari signe le bail seul, en Allemagne c'est un usage courant de demander en tout état de cause la signature des deux époux. Naturellement la femme mariée pourrait dans nos deux pays passer tous les baux relatifs à sa profession.

(1) Cf. *supra*, n° 27 *in fine*.

(2) Cf. Eugen JOSEF, *Gemeinschaftliche Mietverträge der Eheleute in Arch. f. die Ziv. Praxis*, année 1929, p. 325 : « Will eine Ehefrau eine Wohnung mieten, so verlangt der Vermieter auch die Mitunterschrift des Mannes ; denn obwohl die Frau sich rechtsgültig zur Zahlung der Miete verpflichten kann (§ 1399 AL. 1 BGB.) so haftet doch das Eingebachte Gut sowie das gütergemeinschaftliche Vermögen für ihre rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten nur, wenn der Mann zu dem Rechtsgeschäft seine Zustimmung erteilt hat (§§ 1412, 1460)). Cf. Anne-Gudrun SCHERLING, *Das Recht der Ehwohnung*.

*b) ABONNEMENT AU TÉLÉPHONE*

Nous avons effleuré déjà la question à propos du pouvoir domestique ; le fait de contracter un abonnement au téléphone pourrait passer dans les ménages aisés pour un des attributs que la femme possède en vertu du pouvoir ménager. Cependant l'administration est plus prudente que les fournisseurs ordinaires ; c'est pourquoi nous étudions cette question à part.

En France les P. T. T. réclament de la femme mariée qui désire s'abonner le consentement marital ; de même l'Administration allemande des postes, dont nous avons pu connaître les exigences précisément par l'intermédiaire du téléphone, réclame la signature du mari pour que ce dernier soit lui aussi responsable de l'acquittement des redevances.

*c) RELATIONS AVEC LES NOTAIRES*

82. Les femmes peuvent avoir affaire aux notaires dans bien des circonstances relativement à leurs droits patrimoniaux ; nous n'examinerons pas les questions successorales laissées hors de notre sujet. Les épouses peuvent recourir au notaire pour des contrats importants, particulièrement des ventes ou achats d'immeubles.

En France, le notaire se montre très méfiant à l'égard de la femme mariée et exige le plus souvent d'elle la production de l'autorisation maritale alors même qu'elle invoque le bénéfice de la loi de 1907.

Le notaire allemand est obligé de contrôler la capacité des parties qui s'adressent à lui, mais non leur pouvoir de disposer (3). Il n'a donc pas le droit de refuser à l'épouse de

(3) Cf. Hermann OBERNECK, *Das Notariatsrecht*, Berlin, 1929, Carl HEYMANN, éd., pp. 205 et s. : Prüfung der Geschäfts und Verfügungsfähigkeit, surtout p. 206.

dresser un acte en raison du défaut de pouvoir de cette dernière ; il est seulement tenu, à raison de ses obligations professionnelles, d'avertir les parties de l'éventuelle inefficacité de l'acte qu'elles ont l'intention de passer (4). Le notaire ne peut donc exiger l'autorisation maritale, mais il conseillera à l'épouse de la produire.

Les Formulaires du notariat comprennent plusieurs formules où l'autorisation du mari est prévue (5).

#### d) ACTES DE DISPOSITION

La pierre d'achoppement pour la femme allemande étant l'acte de disposition (*Verfügung*), il aurait été intéressant d'examiner les diverses espèces de jurisprudence qui ont eu à trancher dans des cas particuliers cette question : avait-on ou non affaire à un acte de disposition ? Malheureusement le cadre de notre étude ne nous le permet pas : nous nous contenterons donc de signaler quelques arrêts du Reichsgericht concernant ce problème. Il a été jugé en 1905 que la femme mariée pouvait conclure valablement, sans autorisation maritale, un contrat de location relatif à une propriété, alors même que cette propriété appartenait aux apports (6) ; ce qui veut dire que le contrat obligatoire engage la femme mais qu'il est sans effet à l'égard du mari (§ 1399, al. 2, BGB.) (7). Dans une espèce plus récente, le Reichsgericht a jugé que l'épouse avait besoin de l'autorisation maritale pour conclure un contrat par lequel devait

(4) OBERNECK, *loc. cit.*, KGJ. 44, 208, DNotV. 1916, 127.

(5) Cf. *Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit* hgg. v. GOLDMANN, LÖWENFELD, HEINITZ, etc., 5<sup>e</sup> à 8<sup>e</sup> éd., Berlin, 1920, Carl HEYMANNS, éd., pp. 190, 191, 507. Cf. Hermann JASTROW, *Formularbuch und Notariatsrecht*.

(6) RGZ. 58, 36.

(7) Cf. Hermann JASTROW, p. 90, note 1.

se réaliser la dissolution d'une société (8). Ces deux exemples nous confirment l'utilité que peut avoir dans la pratique l'autorisation maritale pour la femme allemande dont la situation se trouve alors très voisine de celle de l'épouse française (9).

## SECTION II

### RELATIONS DE LA FEMME MARIÉE AVEC LES BANQUES ET LES CAISSES D'ÉPARGNE

83. Pour la gestion de leur patrimoine, les femmes mariées seront appelées à entrer en rapport avec divers établissements et principalement, croyons-nous, avec les Banques et les Caisses d'épargne : nous étudierons donc successivement leurs relations avec ces deux catégories d'établissements.

84. Les femmes mariées peuvent avoir recours aux Banques dans de multiples circonstances, nous retiendrons les cas les plus courants et les plus importants : l'ouverture et le fonctionnement d'un compte en banque, qui sera généralement un compte de dépôt, la location d'un coffre, les transferts et conversions de titres ainsi que les opérations sur ces mêmes titres ; il faut envisager encore les avances sur titres ou autres opérations analogues ainsi que les opérations d'ordre spéculatif.

Il convient toutefois de distinguer dans notre énumération les opérations de banque proprement dites (1) des opérations variées pour lesquelles la Banque sert seulement d'in-

(8) RGZ. 127, 110. Cf. *infra*, n° 161, note 46.

(9) Autres espèces ayant trait à la Verfügung : RGZ. 54, 44 ; 72, 165 ; 80, 247 ; 83, 241 ; 87, 259 et 88, 425.

(1) Cf. HAMEL, t. I, n° 1, pp. 1 et 2 et n° 5, p. 11.

termédiaire et se contente d'imposer des conditions qui n'émanent pas d'elle, par exemple, pour les transferts et conversions ainsi que les opérations sur titre ; c'est uniquement dans les premières que la Banque joue un rôle propre et c'est celles que nous étudierons tout d'abord, réservant la question des mouvements de titres pour un examen ultérieur.

#### A. — Opérations de Banque proprement dites

85. Parmi ces opérations figurent l'ouverture et le fonctionnement d'un compte en banque, la location d'un coffre et les avances sur titres.

1° *Ouverture d'un compte en Banque.* — Quand il s'agit de comparer la situation de la femme allemande vis-à-vis des Banques à celle de la femme française, on pourrait croire a priori que l'une se verra tout permis en raison de sa capacité alors que l'incapacité de l'autre lui interdira tout rapport indépendant avec les Banques. Nous allons donc examiner en détail si les dispositions législatives extérieures au principe général de capacité ou d'incapacité n'ont pas des conséquences qui pourraient d'une part restreindre la liberté de la femme allemande et d'autre part atténuer la rigueur du principe française.

« En principe dit M. Hamel (2), la femme française étant une incapable ne peut se faire ouvrir un compte et le faire fonctionner que dans des limites très étroites ».

L'incapacité de la femme française dérive, il est vrai, du mariage, mais elle peut être accrue ou diminuée selon les conventions matrimoniales adoptées ; le banquier, en France, lui demandera donc automatiquement de représen-

(2) P. 276, n° 217.

ter l'autorisation maritale et son contrat de mariage (3) ; or, le réflexe du banquier qui se trouve, en Allemagne, en présence d'une femme mariée est très sensiblement le même, il commence par lui demander de représenter l'autorisation maritale. Au cas où cette autorisation existe, il n'aura pas besoin toutefois d'examiner le contrat de mariage (4), car il n'a pas à se préoccuper comme le banquier français de clauses éventuelles de dotalité, d'emploi ou de remploi qui n'existent pas en Allemagne (5). C'est seulement lorsque la femme prétend se faire ouvrir un compte sans autorisation maritale qu'il lui est demandé une pièce justificative qui sera éventuellement le contrat de mariage.

Cette prudence du banquier allemand, que l'on serait tenté de croire inutile, vient de ce que la femme allemande, malgré sa capacité entière, voit sous le régime légal lui-même, une partie de ses biens, l'« *Eingebrachtes Gut* », passer sous la jouissance et l'administration du mari ; comme ce régime est de beaucoup le plus répandu (6), c'est à bon droit que le banquier allemand fera preuve du même esprit de suspicion que son confrère français à l'égard d'une femme mariée, non point que celle-ci soit incapable mais parce qu'elle est *dépourvue de pouvoirs* (7) et en particulier du pouvoir de disposer (*Verfügungsbefugnis*) (8). La

(3) Ou à défaut l'expédition de l'acte de mariage mentionnant qu'il n'a pas été fait de contrat.

(4) Comme nous l'avons fait remarquer plus haut (n° 20), les contrats de mariage sont peu fréquents en Allemagne.

(5) La liberté des conventions matrimoniales y existe, mais seulement dans les limites précisées par M. WOLFF (§ 41, IV, 2 et 3) ; la dotalité n'est donc admise sous aucune forme. Cf. § 137 BGB.

(6) D'ailleurs sous les régimes de communauté la difficulté est la même.

(7) Sur notre distinction entre capacité et pouvoirs, cf. *supra*, n° 10 et 11 et *infra*, n° 137.

(8) Sur le sens exact de ce terme, cf. *supra*, n° 24.



suspicion du banquier est d'autant plus légitime que la plupart des biens possédés par la femme font, en thèse générale, partie des apports ; il est donc en droit de présumer, comme il le fait, que le patrimoine sur lequel la femme veut opérer appartient aux apports.

Après ce que nous venons de dire, on comprendra aisément que les conditions auxquelles la banque accepte d'ouvrir un compte à la femme mariée diffèrent, tant en Allemagne qu'en France, selon la masse de biens dont il s'agit et par conséquent selon le régime matrimonial. Elles diffèrent aussi suivant que la femme exerce ou non une profession qui peut être commerciale.

Est-ce à dire qu'il fallait pour notre étude envisager la situation de la femme mariée vis-à-vis des banques successivement dans chacun des régimes matrimoniaux français, situation que l'on aurait comparée au fur et à mesure avec celle faite en Allemagne à la femme mariée sous le régime le plus approchant ? Nous ne le croyons pas. Cette étude correspondrait en effet à une certaine logique doctrinale, mais elle n'aurait, semble-t-il, permis aucune conclusion intéressante dans l'ordre des faits, car les régimes usités couramment en France ne le sont guère en Allemagne et inversement.

Une étude pratique devra être conduite sur d'autres bases pour permettre de répondre à la question suivante : quelles relations la femme mariée « moyenne », « *the woman in the street* », si nous osons dire, peut-elle avoir avec une banque en France ou en Allemagne ?

Cette vue d'ensemble ne peut être obtenue qu'en groupant certains régimes suivant la liberté plus ou moins grande qu'ils laissent à la femme et en comparant, dans nos deux pays, seulement en bloc, ce qui se passe à l'intérieur de chaque groupe. Nous croyons suffisant de nous en tenir à la division classique en régimes communautaires et

régimes séparatistes, mais cette division un peu arbitraire nous obligera à quelques inexactitudes ; pour la simplification de notre travail nous étudierons avec les régimes communautaires le sort des masses sur lesquelles le mari a des pouvoirs même sous un régime séparatiste (biens dotaux en France) ; selon l'usage nous compterons au nombre des régimes communautaires, le régime sans communauté français ainsi que le régime légal allemand qui s'en rapproche (8<sup>a</sup>), bien qu'il s'agisse dans ces cas d'une communauté non de propriété mais seulement d'administration ; notre division correspond donc à étudier d'une part tous les régimes qui admettent des droits au mari sur certains biens de la femme et, d'autre part, ceux où le patrimoine de la femme est indépendant en tout ou en partie.

Pour bien comprendre les situations respectives des femmes mariées dans nos deux pays, nous distinguerons donc suivant qu'elles sont mariées sous un régime communautaire ou séparatiste, suivant qu'elles exercent ou non une profession et nous envisagerons, successivement en France et en Allemagne, les conditions auxquelles une banque accepte d'ouvrir un compte à une femme mariée dans ces différents cas et quels sont alors les pouvoirs qu'elle lui reconnaît : nous joindrons à cela quelques remarques sur le régime de la femme en Alsace et Lorraine et sur le sort des femmes étrangères.

Il est bon de faire, au préalable, quelques remarques :

(8<sup>a</sup>) Il se rapproche aussi du régime dotal quant à la séparation des biens de la femme en 2 masses (cf. WOLFF, § 1, II, 3 *in fine*, p. 4) et à une sorte d'*usufructus maritalis* (cf. WOLFF, § 40, III, p. 151 et notes 13, 14, 15, et 16 p. 152), mais il ne faut pas oublier que les clauses de dotalité ne sont pas admises en Allemagne. Selon le Professeur WOLFF (notes 13, 14, 15, p. 151) l'influence du régime dotal a produit un régime mixte romano-germain qui est une déformation d'un régime allemand antérieur mieux conservé en Suisse (art. 194 et 200 CCS.) ; ce régime mixte c'est le régime légal allemand.

Tout d'abord, en France, au cas où la femme aurait eu antérieurement à son mariage un compte en banque, ce compte devra être liquidé, formalité qui n'existe pas en Allemagne où le compte continue simplement à fonctionner mais ordinairement avec l'autorisation du mari (9).

La femme française ne peut, sans autorisation du mari, « exercer aucun droit sur les biens appartenant au mari ou faisant partie de la communauté ou d'une société d'acquêts » (10), de même en Allemagne la femme ne peut engager ni des biens du mari ni des biens de la communauté sans autorisation.

Dans aucun de nos deux pays la femme ne pourrait, en vertu du mandat domestique se faire ouvrir un compte dans l'intérêt du ménage, car elle n'agit alors qu'à titre de représentant et engage les biens du mari, en outre l'ouverture d'un compte ne rentre pas dans la sphère d'action domestique de la femme en Allemagne (11).

Il va de soi que les banques sont libres de prêter leurs services aux conditions qu'elles jugent utiles pour couvrir leur responsabilité (12) ; on conçoit donc qu'il n'y ait pas une unité de vues absolue entre les divers établissements, certains d'entre eux pouvant plus facilement se permettre d'être exigeants en raison de l'importance de leur clientèle. Nous avons pu constater au cours de l'enquête menée par nous tant en France qu'en Allemagne que les divers établissements (13) ont chacun leurs règles propres entraînant des

(9) A moins qu'il ne s'agisse d'un compte « Vorbehaltsgut » ou que la femme ne soit séparée de biens.

(10) HAMEL, p. 376, n° 217.

(11) § 1357 BGB ; HAMEL, n° 217 et p. 377, note 1.

(12) Cependant certains parlent de procès pour non application de la loi de 1907 en France ?

(13) Etablissements dont la discrétion nous oblige à taire les noms, mais que nous remercions ici de l'amabilité avec laquelle ils nous ont fourni des renseignements. La même discrétion nous obligera parfois à taire les sources officielles que nous avons pu consulter.

variations de détail, il ne faut donc pas s'attendre à trouver une solution unique ni perdre de vue que le banquier est un commerçant cherchant à couvrir sa responsabilité tout en donnant satisfaction à sa clientèle.

a) FEMME MARIÉE SOUS UN RÉGIME RECONNAISSANT  
DES DROITS AU MARI (Régimes communautaires)

86. Nous comprenons sous cette rubrique les communautés légale et conventionnelles, le régime sans communauté et les biens dotaux pour la France, le régime légal et les communautés pour l'Allemagne.

a) *Ouverture du compte*

Dans le cas le plus général en France, c'est le mari qui administre non seulement la communauté (14) mais les biens de la femme, qu'ils soient propres ou dotaux. Cependant la femme peut se réserver par contrat l'administration de ses propres ou de ses biens dotaux, cas qui ne se présentent que rarement dans la pratique (15), aussi ne nous y étendrons-nous pas longuement ; signalons seulement que la femme peut alors, même si elle n'exerce pas de profession distincte, se faire ouvrir un compte sans autorisation du mari, sur présentation de son contrat de mariage (16) ; ces cas ne se rencontrent pas en Allemagne, car la femme a un moyen plus simple et plus courant de se faire reconnaître

(14) Ou la société d'acquêts.

(15) Cf. HAMEL, n° 218, p. 377 et n° 219, p. 379.

(16) Sur les conditions d'ouverture de ces comptes et les pouvoirs reconnus à la femme (pouvoirs limités à l'administration comme pour la femme séparée de biens, cf. *infra*, n°s 87 et 88) consulter HAMEL, n°s 218, p. 377 et 219, p. 379 ; COLIN et CAPITANT, III, n°s 185 et 396 ; NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, n°s 580 et 587 — les opérations effectuées par la femme dans les limites de l'administration engagent la communauté et le mari (art. 1419 C. civ.). HAMEL, n°s 218 et 219.

le droit d'administrer certains de ses biens, c'est de les constituer en Vorbehaltsgut (17).

En dehors des cas prévus ci-dessus, la femme mariée ne peut, sous les régimes que nous qualifions de communautaires, se faire ouvrir de compte aussi bien en Allemagne qu'en France qu'avec l'autorisation du mari ; sauf, bien entendu, si elle est commerçante ou exerce une profession distincte (18). En effet, la femme allemande mariée sous le régime légal perd le droit d'administrer indépendamment ses biens d'apport et d'en « *disposer* » ; c'est au mari qu'échoient les revenus de l'Eingebrachtes, même quand il a autorisé sa femme à se faire ouvrir un compte. Il est donc difficile pratiquement d'ouvrir un compte au nom d'une femme mariée et il est recommandé d'y mettre l'une ou l'autre des conditions suivantes : ou bien ouvrir un compte-joint entre les époux (19), pratique très répandue outre-Rhin, ou bien demander l'autorisation expresse du mari. Des formules imprimées existent à cet effet dans les banques, nous en reproduisons quelques-unes en annexe (20). Quand le régime matrimonial est conventionnel, le droit de disposition n'appartient qu'au mari sous la communauté universelle et la communauté de meubles et acquêts ; mais sous la communauté d'acquêts (§1519 BGB.) on peut agir comme pour le régime légal. La preuve du régime est à apporter par présentation d'un contrat de mariage sous forme d'acte authentique (21) quand celui-ci est récent et qu'on peut espérer qu'il n'a pas été modifié, ou, dans le cas contraire, par la présentation d'un extrait du

(17) Nous réservons pour plus tard l'étude des comptes Vorbehaltsgut, cf. *infra*, n<sup>os</sup> 88 et 90.

(18) Sur ce point, cf. *infra*, n<sup>o</sup> 90.

(19) Cf. *infra*, n<sup>o</sup> 94, pour les comptes-joints.

(20) Cf. *infra*, Annexes C, D, E.

(21) « Gerichtlich oder notariell beurkundet, nicht nur beglaubigt ».

registre matrimonial (*Ausfertigung des Güterrechtsregisters*).

Nous faisons remarquer d'abord que la prudence des banquiers est très justifiée à cause des *responsabilités* qu'ils encourent dans nos deux pays. Le banquier est responsable en effet des dommages éventuels qui pourraient survenir au mari et même à la femme, puisqu'en France il a affaire à une incapable et qu'en Allemagne la bonne foi relative à l'opinion qu'une femme n'est pas mariée ou qu'elle est mariée sous le régime de la séparation de biens ou encore qu'elle peut « *disposer* » seule de son patrimoine, n'est pas protégée (22).

### β) *Fonctionnement du compte*

87. Donc on réclame de la femme allemande tout comme de la Française l'autorisation maritale pour l'ouverture d'un compte en banque, mais les caractères et les effets de cette autorisation sont tout-à-fait différents dans nos deux pays.

En France l'autorisation que le mari a accordée à sa femme de se faire ouvrir un compte séparé ne peut être valable que pour les actes d'administration (23) ; le mari ne peut, en effet, en vertu de l'art. 223 C. civ., donner d'autorisation générale que pour les actes d'administration ; pour les actes d'aliénation ainsi que pour les opérations d'ordre spéculatif, la femme devra se munir chaque fois d'une nouvelle autorisation maritale, la règle de la spécialité s'appliquant à ces

(22) Cf. cependant, RIESSER-BERNSTEIN, *Depotgesetz*, 5<sup>e</sup> éd., p. 78, pour le cas où la déposante n'était pas mariée au moment de la conclusion du contrat de dépôt (*Depotsvertrag*). — En France, cf. HAMEL, n° 218, p. 378 et p. 12 : *quisque peritus debet esse artis suae* ; en Allemagne, la *Kaufmännliche Sorgfalt* (§ 347 BGB.) est à peu près la même que celle du droit civil.

(23) Sur les opérations que peut comprendre le terme d'administration, cf. *infra*, n° 89 et HAMEL, n° 218, p. 378.



actes (24) ; en outre, le banquier réclamera le contrat de mariage pour vérifier l'absence de clauses de dotalité, d'emploi ou de remploi. Dans les limites indiquées ci-dessus, la communauté et le mari se trouvent engagés par les opérations effectuées par la femme (art. 1419 C. civ.) (25).

En Allemagne, l'autorisation maritale a un tout autre caractère ; la règle de spécialité y est inconnue et le mari peut autoriser sa femme non seulement à administrer mais encore à faire tout acte de disposition, vente, aliénation et même à spéculer. Certaines formules d'autorisation maritale portent que la femme pourra assumer des obligations relatives à un bien « *welches nicht in einem Guthaben oder einem Depot bei Ihnen besteht* », phrase qui a pour but de couvrir même des obligations qui dépasseraient la valeur du compte (ungedeckte Debetsalden) et résulteraient par exemple d'opérations de bourse à terme (26) ; toutefois on considère que, dans ce cas, il est plus sûr de demander une autorisation spéciale du mari, visant expressément l'opération envisagée (27). Nous avons pu prendre connaissance, dans divers établissements de Berlin, des formules imprimées qu'il est d'usage de remettre aux femmes mariées sollicitant l'ouverture d'un compte (28), toutes comportent la signature du mari et la plupart sont conçues de façon à mettre la banque à couvert vis-à-vis du mari quelles que soient les circonstances. La plupart des banques, d'ailleurs, présumant que la femme est mariée sous le régime légal,

(24) Cf. HAMEL, n° 218, p. 378 ; certaines opérations sont impossibles, même avec le concours du mari, sous le régime dotal. Cf. HAMEL, n° 219, p. 378

(25) HAMEL, *loc. cit.*

(26) Cf. *infra*, formule 3 (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> type) à l'Annexe D.

(27) Une autorisation spéciale sera réclamée aussi quand il s'agira d'opérations avec les sociétés ; cf. *infra*, n° 98.

(28) Nous en reproduisons quelques-unes en Annexe ; cf. *infra*, Annexe D.

puisque c'est le cas le plus courant et qu'il s'agit d'Eingebrauchtes Gut, masse ordinairement la plus importante, remettent *a priori* une de ces formules à toute femme mariée avant l'ouverture d'un compte, quitte à reconnaître ensuite, si la femme en représente la preuve, que cette autorisation n'est pas nécessaire. Toutefois certains établissements exigent cette autorisation en tout état de cause pour n'avoir pas à vérifier les pouvoirs de la femme ou la provenance de ses deniers et se couvrir à coup sûr contre tous risques éventuels.

L'autorisation maritale allemande est générale mais le mari peut, tout comme en France, révoquer son autorisation pourvu que la révocation soit portée à la connaissance du banquier (29) ; sur les formules en usage en Allemagne il est parfois spécifié que les opérations en cours au moment de la révocation ne seront pas atteintes par ladite révocation (30), parfois même que cette autorisation reste irrévocablement (*unwiderruflich*) en vigueur jusqu'à la cessation des relations d'affaires de la femme avec la Banque. Mais on a émis des doutes sur la légitimité de cette pratique, se demandant s'il était juridiquement admissible d'écarter la révocation (31) et il est plus recommandé d'employer la formule suivante : « cette autorisation reste en vigueur à votre égard tant qu'une révocation écrite de moi ne vous sera pas parvenue » (32).

(29) HAMEL, n° 218, p. 378.

(30) Cf. *infra*, Annexe D, formule n° 3 (1<sup>er</sup> type) : « Diese Genehmigung bleibt bis zur Auflösung der Geschäftsverbindung meiner Ehefrau mit Ihnen in Kraft. »

(31) Cf. RGR., § 1395, Ann. 3 ; STAUDINGER, § 183, Ann. 3 ; RG. in JW. 1918, p. 365 ; RGR., § 1432, Ann. 2.

(32) Par ex. : « Diese Genehmigung bleibt der Bank gegenüber solange in Kraft, bis der Bank von mir ein schriftlicher Widerruf zugegangen ist. »

Une révocation qui ne serait faite qu'à la cliente et non portée à la connaissance de la banque serait sans valeur pour cette dernière (33).

Pour nous résumer, dans les cas envisagés ci-dessus, la femme mariée allemande aura autant de difficulté à se faire ouvrir un compte que la femme française et la condition exigée sera la même : la représentation de l'autorisation maritale ; mais là où la femme allemande est grandement avantagée, c'est quand il s'agit, une fois le compte ouvert, de ses pouvoirs. Tandis que la Française ne pourra en aucun cas faire (sans autorisation spéciale) des actes dépassant l'administration, la femme allemande pourra faire tous actes de disposition (*Verfügungen*), d'aliénation et éventuellement de spéculation. Nous croyons que le sort de la femme française devrait être amélioré dans ce sens ; la difficulté vient ici moins de l'incapacité de la femme mariée que des pouvoirs exorbitants reconnus au mari, pouvoirs qui sont d'ordre public et auxquels le mari ne peut valablement renoncer. Il faudrait qu'en proclamant la capacité de la femme mariée on abolît en même temps la règle de la spécialité de l'autorisation (33<sup>a</sup>), afin que, le mari ayant une fois consenti, la femme soit aussi libre que l'homme, sous réserve que le mari ne retire pas son consentement ; on pourrait laisser au mari la possibilité de ne donner son autorisation qu'avec certaines restrictions. Mais avec cette règle de la spécialité de l'autorisation notre réforme toucherait au régime de communauté dont le remaniement s'impose (art. 1388 C. civ.).

(33) Pour le maintien de l'autorisation ce sont les §§ 170 et 173 BGB. qui s'appliquent. Cf. STAUDINGER, Ann. 4, § 183 ; RG. in *JW.* 1917, p. 365.

(33<sup>a</sup>) Cette mesure ne serait pas inutile si l'on conserve les régimes matrimoniaux existants puisque sous certains d'entre eux la femme, malgré sa capacité, manquera de pouvoirs. Cf. CAPITANT, *L'abolition de l'incapacité de la femme mariée* in D. H. 1932, chronique, p. 100.

## b) FEMME MARIÉE SOUS UN RÉGIME SÉPARATISTE

a) *Ouverture du compte*

88. En France la femme séparée de biens peut se faire ouvrir un compte sans aucune autorisation, ainsi que la femme dotale pour l'administration de ses paraphernaux et le mari n'a aucun droit sur ces comptes (1). D'ailleurs, si la femme est affranchie de la nécessité de présenter l'autorisation maritale, elle n'en est pas moins soumise à des formalités quelquefois plus compliquées pour elle. Si la femme est dotale, elle devra justifier qu'il s'agit de deniers paraphernaux et le banquier devra s'assurer que ces deniers sont seuls à figurer au compte (2). Quand la femme est séparée de biens elle devra présenter des pièces justificatives : son contrat de mariage en cas de séparation conventionnelle ; elle devra en outre, en cas de séparation judiciaire, produire « une attestation notariée certifiant que l'ouverture de la liquidation a bien été commencée dans les trente jours qui suivent le jugement ou l'arrêt de séparation (art. 1444 C. civ. » (3).

La femme séparée de biens peut théoriquement en Allemagne se faire ouvrir un compte sans aucune autorisation. Le banquier allemand a beaucoup moins lieu d'être prudent que le banquier français, puisqu'il n'a pas à se mettre en garde contre les clauses de dotalité, d'emploi ou de remploi, mais il y a cependant une institution allemande qui peut rendre le banquier méfiant, c'est la non immutabilité des conventions matrimoniales ; les modifications au régime matrimonial ou à certaines de ses clauses reçoivent, il est vrai, publicité au Güterrechtsregister, mais le banquier ne

(1) HAMEL, n° 220, p. 381.

(2) HAMEL, n° 219, p. 379.

(3) HAMEL, n° 220, pp. 380 et 381.

peut s'astreindre à prendre continuellement connaissance de ce registre (4). Nous avons rencontré en effet tel établissement qui arguait du principe de la non immutabilité des conventions matrimoniales pour refuser d'ouvrir, sans autorisation maritale, un compte à une femme même séparée de biens, rien ne l'empêchant de changer de régime dès le lendemain. Nous voyons donc ce principe de non immutabilité, qui semblait un principe de liberté, agir au contraire ici dans un sens restrictif.

Quant au régime dotal, il n'y en a pas en Allemagne, mais on peut assimiler dans une certaine mesure le *Vorbehaltsgut* de la femme à des biens paraphernaux (5). Théoriquement la femme mariée devrait pouvoir se faire ouvrir un compte « *Vorbehaltsgut* » sans autorisation maritale, mais pratiquement la question est délicate et les banquiers se montrent fort prudents sur ce point ; ils présument en quelque sorte que les biens de la femme sont des biens d'apport, à elle de prouver qu'il en est autrement ; ceci lui est relativement facile quand ses biens réservés lui proviennent d'une donation ou d'un contrat de mariage et qu'elle peut représenter un acte authentique (6) : dans ce cas certaines banques acceptent d'ouvrir un compte sans autorisation du mari, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme reconnue par contrat ou par donation comme

(4) Il semblerait en effet que personne ne prend la peine d'aller le consulter sur place, certains journaux en donnent reproduction. Les tiers peuvent exiger de la femme qu'elle en présente la copie mais cela ne permet pas de préjuger de l'avenir.

(5) Que ce *Vorbehaltsgut* soit légal ou conventionnel ; cependant le *Vorbehaltsgut* conventionnel se rapproche davantage de la dot, tandis que le *Vorbehaltsgut* légal, correspondant pour la plus grande part aux produits du travail, est sensiblement assimilable à nos biens réservés. Cf. *infra*, n<sup>os</sup> 101 et s.

(6) Nous verrons qu'il en va autrement quand les biens réservés sont le fruit du travail de la femme,



devant être « Vorbehalstgut » ; l'importance de cette somme, la personnalité de la femme ainsi que ses relations antérieures avec l'établissement peuvent évidemment jouer un rôle important ; le banquier devra, de même qu'en France pour les paraphernaux, s'assurer que le compte ne contient que du Vorbehaltsgut. D'ailleurs ici peut jouer aussi le principe de la non immutabilité des conventions matrimoniales et certaines banques préfèrent encore s'abstenir.

### 2) *Fonctionnement du compte*

89. Une fois le compte ouvert, quels sont les pouvoirs respectifs de la femme allemande et de la femme française sous un régime séparatiste ?

En France la femme séparée de biens voit ses pouvoirs limités aux actes d'administration (art. 1449 et 1536 C. civ.) (7) ; de même la femme dotale peut seulement administrer ses paraphernaux. La femme française même mariée sous le régime le plus libéral qu'elle puisse choisir en est donc toujours réduite aux actes d'administration, et le mari lui-même ne peut étendre, fût-ce par contrat de mariage, les pouvoirs de sa femme, car bien que, sous le régime de la séparation de biens, l'art. 1388 C. civ. ne s'applique pas, il reste l'art. 223 qui est d'ordre public (8) et ne permet au mari de donner l'autorisation générale que pour des actes d'administration (l'article 1538 C. civ. n'est que la conséquence du principe posé à l'art. 223).

Des difficultés pourront d'ailleurs surgir du fait que la

(7) HAMEL, n° 220, p. 380 ; COLIN et CAPITANT, III, n° 344.

(8) Si le projet René RENOULT est adopté, l'art. 223 sera abrogé. Pourrait-on considérer alors l'art. 1538 comme tacitement abrogé, ce qui permettrait aux époux des conventions contraires ?



limite entre acte d'administration et acte de disposition (9) est mal définie (10).

Les actes admis en général à titre d'acte d'administration par les banquiers (11) sont les dépôts et retraits de fonds et de titres, l'encaissement des coupons ; mais la femme française ne peut aliéner ses valeurs mobilières paraphernales ou provenant de son patrimoine séparé qu'avec une autorisation spéciale du mari (12) ; selon la jurisprudence la plus récente, il en est de même pour les opérations d'ordre spéculatif ; la question est plus discutée pour les achats de valeurs mobilières (13).

En Allemagne, au contraire, la femme séparée de biens ou qui a un compte *Vorbehaltsgut* a les coudées beaucoup plus franches ; ses pouvoirs sont en quelque sorte illimités et elle a la même indépendance qu'un homme ; elle peut en effet faire exécuter librement toutes opérations qu'il s'agisse d'aliénations, d'actes de disposition (*Verfügungen*) ou de spéculations ; le banquier n'a pas en outre à se préoccuper comme en France de clauses éventuelles de dotabilité, d'emploi ou de remploi.

Nous rencontrons donc pour les régimes séparatistes les mêmes solutions que nous avons trouvées dans notre premier groupe : la femme allemande a au moins autant de difficulté, si ce n'est plus, que la femme française quant à l'ouverture d'un compte, mais une fois celle-ci obtenue, elle a une indépendance, totale ici, puisque aucune révocation

(9) Le terme n'est pas pris ici dans le même sens que lorsque nous traduisons le mot allemand *Verfügung*. Cf. *supra*, n° 24.

(10) Cf. thèse de TRASBOT qui donne pour cette distinction un critère économique.

(11) En général on fait figurer en tête du compte les opérations qui sont permises à la femme et que les employés sont autorisés à réaliser.

(12) HAMEL, n° 219, p. 378 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 499 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1270 et s.

(13) Voir sur ce point, *infra*, n° 98.

du mari ne peut intervenir, indépendance dont la femme française est bien loin, mais qu'il serait sans doute facile de réaliser chez nous, au moins sous les régimes séparatistes, avec le projet René Renoult. Toutefois pour faire une comparaison équitable entre la femme française et la femme allemande séparées de biens, il ne faut pas oublier que l'équivalent allemand de la *séparation de corps* ne comporte aucun régime spécial quant aux pouvoirs de la femme sur ses biens, puisque ces pouvoirs ne sont l'objet d'aucune restriction, tandis qu'en France la femme séparée de corps est dans une situation particulière ; elle a, depuis la loi du 6 février 1893 modifiant l'art. 311 du C. civ., recouvré sa pleine capacité. Toutes les femmes séparées de biens qui sont en même temps séparées de corps sont donc, réserve faite pour des clauses de dotalité (14), exactement dans la même situation que les femmes séparées de biens allemandes ; elles peuvent, sans aucune autorisation (15), obtenir l'ouverture d'un compte et entreprendre aussi bien des actes de disposition que d'administration (16).

c) FEMME COMMERÇANTE OU EXERÇANT UNE PROFESSION  
DISTINCTE

a) *Ouverture du compte*

90. Selon la loi du 13 juillet 1907, la femme qui a des biens réservés jouit à leur égard d'une capacité presque entière (17), seules les aliénations à titre gratuit lui étant

(14) HAMEL, n° 221, p. 383 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 499 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1259.

(15) Mais elles doivent produire une expédition du jugement de séparation avec un certificat de non opposition ou appel ou encore une expédition de l'arrêt de séparation avec sa signification à partie. Cf. HAMEL, n° 221, p. 383.

(16) HAMEL, *loc. cit.*

(17) Pour les conditions auxquelles la femme est considérée comme

interdites ; la femme commerçante est pleinement capable pour tout ce qui regarde son commerce ; l'ouverture d'un compte sans autorisation maritale ne devrait donc faire aucune difficulté pour ces deux catégories de femmes.

La justification réclamée par la banque n'est pas la même dans les deux cas qui peuvent d'ailleurs n'en faire qu'un, la loi de 1907 étant généralement considérée comme applicable aux commerçantes (18).

Pour la femme *non commerçante* qui veut se faire ouvrir un compte « *biens réservés* » la question des preuves qu'elle doit fournir est assez discutée. La plupart des auteurs (19) pensent qu'il faut appliquer ici l'art 1 al. 5 de la loi de 1907 et considérer la responsabilité du tiers comme dégagée, quand la femme a apporté, sous la forme d'un acte de notoriété ou d'une copie de nomination de fonctionnaire ou encore d'une déclaration écrite de l'employeur, la justification qu'elle exerce une profession distincte ; toutefois, selon M. Nast (20), pour faire admettre qu'un bien est réservé il faudrait prouver l'origine des deniers suivant l'art. 4 de la loi de 1907 ; bien qu'on considère ordinairement que cet article ne s'applique que dans les rapports entre époux (21), M. Hamel fait observer que l'opinion de M. Nast doit être de nature à provoquer la

exerçant une profession distincte ou un commerce séparé. Cf. *infra*, n° 152. — Remarquer que la femme peut aider son mari commerçant sans faire un travail commun ; dans ce cas elle n'est pas commerçante mais bénéficie de la loi de 1907, cette loi devant recevoir une extension plus considérable que l'art. 5 al. 2 du C. de comm. — Cf. aussi, HAMEL, note 1, p. 384, qui cite NAST.

(18) Cf. *infra*, n° 148. Nous anticipons en étudiant ici la situation de la femme exerçant une profession ; comme nous l'avons dit déjà, c'est dans le but de ne pas fragmenter notre étude sur les Banques.

(19) HAMEL, n° 222, p. 386 ; COLIN et CAPITANT, III, n° 184.

(20) In PL. et RIPERT, t. IX, n°s 1353 et 1357.

(21) Ou éventuellement entre la femme et les héritiers ou créanciers du mari.

prudence du banquier (22). En raison de ces difficultés, l'attitude des grands établissements parisiens est assez variable, tel établissement admet l'ouverture, sans autorisation maritale, d'un compte « biens réservés » au besoin en l'absence d'acte de notoriété, si l'exercice de la profession peut se contrôler facilement, par exemple si la femme est inscrite au barreau de Paris. En revanche, tel autre établissement refuse en principe d'ouvrir ces sortes de comptes, eu égard aux difficultés d'interprétation de la loi de 1907, difficultés que nous venons d'énoncer, eu égard aussi au peu de garantie qu'offre l'acte de notoriété ; le notaire n'a pas en effet à vérifier l'exactitude des dires des témoins et l'on a vu des actes de notoriété contradictoires ; d'autre part, certains croient que, malgré les termes de l'art. 1 al. 5 de la loi de 1907, la responsabilité du banquier pourrait se trouver engagée s'il avait accepté à légère un acte de notoriété (23).

Toutefois, selon M. Hamel (24), la femme devrait pouvoir se faire ouvrir un compte en banque pour la gestion de ses biens réservés du moment qu'elle gagne un salaire personnel ; selon lui, une patente établie au nom de la femme suffirait pour prouver la profession distincte (25).

Quant à la femme commerçante, elle justifiera de sa qualité en produisant une copie sur timbre des inscriptions portées au registre du commerce, où figurera éventuellement l'autorisation expresse que le mari a pu lui accorder en vertu de l'article 4 C. com. (art. 4-6° de la loi du 18 mars 1919) (26).

En Allemagne, la femme peut exercer une profession

(22) HAMEL, p. 386, note 1 *in fine*.

(23) Cf. HAMEL, p. 12 : *quisque peritus debet esse artis suae*.

(24) P. 384, note 1 *in fine*.

(25) HAMEL, n° 222, p. 385.

(26) HAMEL, n° 222, p. 385.

sans le consentement et même contre la volonté du mari (§§ 1399, 1405 BGB.). Car, si le mari peut interdire le « *Geschäftsbetrieb* » à sa femme, cette interdiction n'a pas de conséquence en ce qui concerne la capacité de sa femme, ou sa qualité de commerçante (27). En l'absence d'autorisation du mari elle ne peut engager dans ses affaires que son *Vorbehaltsgut* et cette masse répond seule de ses dettes professionnelles. Si la femme a obtenu le consentement du mari, elle répond vis-à-vis des créanciers commerciaux tant sur son *Vorbehaltsgut* (§§ 1363 à 1370 BGB.) que sur son *Eingebrachtes Gut* (§§ 1363, 1405 et 1412 BGB.) ou sur le *Gesamtgut*, si elle est mariée sous le régime de communauté (§§ 1435 et s., 1452 et 1459 BGB.). Si le mari fait opposition (*Einspruch*) ou révoque son autorisation, cela n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après inscription au *Güterrechtsregister* (§ 1405 al. 3, § 1558 BGB.) (28).

Pour établir une situation nette, il est à recommander lorsque la banque ouvre un compte à une femme mariée qui exerce une profession, de demander une déclaration signée du mari spécifiant que la femme exerce sa profession au vu et au su du mari et avec son autorisation et qu'il donne son consentement à tous les actes juridiques et procès que le commerce entraînerait avec lui (29). Quant au compte *Vorbehaltsgut*, les banquiers n'acceptent ordinairement pas d'en ouvrir quand les biens réservés n'ont pour source que le travail de la femme, à cause des difficultés de preuve.

Ici encore nous voyons que les banques sont aussi pru-

(27) LEHMANN, p. 88. DÜRINGER-HACHENBURG, *III Aufl. Einl.*, D Ann. 35, 38.

(28) Cf. STAUB, *Allg. Einl.*, Ann. 38 et s.; LEHMANN, p. 87; ENDEMANN, *Lehrb. des bürgerl. Rechts*, t. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 298, 345 c.

(29) Consulter la formule 5 à l'Annexe E.

dentes en Allemagne qu'en France pour l'ouverture d'un compte à une femme exerçant une profession et que le plus souvent la femme devra produire l'autorisation maritale pour éviter tout malentendu.

### β) *Fonctionnement du compte*

91. En France les pouvoirs de la femme ayant des biens réservés (30) sont, malgré les termes de l'article 1, al. 1 de la loi du 1907, beaucoup plus étendus que ceux de la femme séparée de biens : une fois l'ouverture du compte obtenue, elle peut effectuer par ce compte toutes les opérations désirées (31), même aliéner les produits de son travail ou les économies qui en proviennent pourvu que ce ne soit pas à titre gratuit.

« Si la femme est commerçante, elle peut traiter avec son banquier toutes les opérations commerciales de banque, elle peut s'engager librement (art. 5 C. com.) » (32).

La femme qui a des biens réservés et la femme commerçante peuvent donc donner des ordres d'achat ou de vente de valeurs mobilières et même se faire consentir des avances sur titres ; toutefois selon M. Hamel, si la femme faisait des opérations dépassant notoirement ses ressources professionnelles ou revêtant un caractère spéculatif, le ban-

(30) Les opérations permises à la femme commerçante et à la femme exerçant une profession distincte sont différentes : la femme commerçante peut faire tous actes concernant son commerce quelle que soit la masse engagée ; la femme qui a des biens réservés peut engager toute sa masse réservée (mais celle-là seulement) sans la restriction que les actes doivent concerner la profession. Pour la femme commerçante soumise à la loi de 1907, les règles se superposent.

(31) Selon M. HAMEL, n° 222, p. 385, toutes les opérations nécessaires à l'exercice de sa profession. Cette restriction ne nous paraît pas utile car l'intéressée peut engager ses biens réservés par des opérations étrangères à cette profession.

(32) HAMEL, n° 222, p. 385 ; COLIN et CAPITANT, III, n° 182 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1364.



quier ferait bien d'exiger l'autorisation du mari, afin de ne pas passer pour complice d'opérations frauduleuses (33).

Nous avons vu que de même le banquier allemand fera bien d'être prudent et de demander l'autorisation du mari s'il veut être sûr de l'exécution des obligations de la femme sur tous les biens de cette dernière.

Au point de vue des pouvoirs de la femme commerçante quant à l'ouverture et au fonctionnement d'un compte en banque, nous croyons que les situations sont sensiblement les mêmes en France et en Allemagne ; il en est de même pour la femme qui exerce une profession distincte.

#### d) FEMME MARIÉE ÉTRANGÈRE

92. Il peut paraître intéressant pour notre étude d'examiner quel sort la France réserve à la femme étrangère, particulièrement à la femme allemande et inversement comment l'Allemagne considère les étrangères et en particulier la Française. En France on applique aux femmes mariées le statut personnel, aussi pour l'ouverture et le fonctionnement d'un compte le banquier se réfère-t-il à la loi étrangère (34) pour connaître la capacité et les pouvoirs de l'épouse ; il aura recours en général, à cet effet, à un certificat de coutume. La femme allemande ne figure pas dans la liste des femmes considérées comme pleinement capables, selon M. Hamel (35) et cela, malgré les termes de la loi allemande, à cause sans doute des restrictions apportées aux pouvoirs de l'épouse dans la plupart des cas.

En Allemagne il est recommandé aux banques, quand il s'agit d'étrangers, d'exiger de la femme mariée, commerçante ou non, une autorisation écrite du mari couvrant toutes opérations éventuelles pour n'avoir pas à vérifier sa

(33) HAMEL, n° 222, p. 386 ; COLIN et CAPITANT, III, n° 184.

(34) HAMEL, n° 224, p. 387.

(35) *Loc. cit.*

capacité ni ses pouvoirs. Toutefois certaines banques ont une attitude différente suivant les droits étrangers et demandent par exemple l'autorisation maritale à la femme française alors qu'elles ne l'exigent pas de la femme anglaise.

e) FEMME MARIÉE DANS LES DÉPARTEMENTS RECOUVRÉS

93. Il pouvait sembler que l'Alsace et la Lorraine offraient un champ d'expériences inespéré pour l'étude comparative de nos deux systèmes, puisque les législations française et allemande s'y sont trouvées confrontées dans la pratique et cela de façon relativement récente (1) et l'on est tenté de croire qu'une courte investigation dans ces provinces permettrait d'apercevoir immédiatement, si le système allemand laisse beaucoup plus de liberté à la femme mariée que le système français.

En réalité la comparaison se trouve quelque peu faussée pour diverses raisons qui font que la femme alsacienne ou lorraine n'est pas soumise strictement au même régime que les autres Françaises.

D'une part les femmes mariées sans contrat avant le 1<sup>er</sup> janvier 1925 et qui n'ont pas fait de contrat dans les délais fixés (2) sont mariées non pas sous le régime de la communauté légale mais sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, ce qui leur donne plus de droits que les autres femmes françaises si le mari leur reconnaît le pouvoir d'administrer leurs propres (3) ; en outre elles

(1) C'est seulement depuis la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 que les dispositions du C. civ. sur l'incapacité des femmes mariées y sont à nouveau applicables. Cf. HAMEL, n° 223, p. 387.

(2) Par la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924. Cf. DEGAND in *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, v° Régime matrimonial, n° 92.

(3) Cf. HAMEL, *loc. cit.*

peuvent pour l'ouverture d'un compte présenter, au lieu de leur contrat de mariage, une copie du registre matrimonial. Mais ce qui vient surtout fausser la comparaison, c'est qu'en pratique on n'applique pas le système français pur dans les établissements bancaires en Alsace, ou au moins dans certains d'entre eux. Pour satisfaire leur clientèle, ceux-ci ont conservé les coutumes locales, c'est-à-dire dans les grandes lignes le système allemand. Quand ils se trouvent en présence d'une femme mariée, ils exigent systématiquement l'autorisation maritale, quelles que soient les circonstances ; mais ils se contentent d'une autorisation générale couvrant toutes opérations éventuelles (4), autorisation révocable naturellement.

Dans ces conditions, les femmes mariées n'ont pas eu à souffrir du changement qui a passé à peu près inaperçu (4<sup>a</sup>) ; mais il ne nous est pas permis d'en conclure à l'identité des systèmes français et allemand, puisque les établissements d'Alsace et Lorraine ont préféré, pour ne pas mécontenter leur clientèle, appliquer des règles moins rigoureuses que dans les autres provinces, quitte à courir certains risques — (qui d'ailleurs ne se sont pas présentés jusqu'ici).

De cet état de choses nous ne pouvons tirer que d'assez prudentes conclusions. Et tout d'abord il est incontestable que, dans l'ensemble, le système bancaire allemand laisse plus de liberté à la femme que le système français, puisque l'application intégrale de ce dernier aurait mécontenté la clientèle locale en Alsace et Lorraine à cause de la règle de spécialité de l'autorisation ; mais par ailleurs il

(4) Cf. *infra*, annexe F. En ce qui concerne la femme commerçante, l'autorisation maritale est présumée pour l'exercice du commerce, cf. DEGAND in *Répertoire cité* v<sup>o</sup> *Régime matrimonial*, n<sup>o</sup> 76.

(4<sup>a</sup>) D'autant plus que les époux étaient mariés habituellement sous le régime de communauté. Cf. *Bull. législ. comp.*, 1933, p. 368.

faut bien admettre que les situations de fait devaient être très voisines en France et en Allemagne pour qu'il ait été possible de conserver sensiblement les habitudes allemandes sous l'empire de la loi française. Cet exemple serait peut-être de nature à prouver que les banquiers français exagèrent la prudence, puisque des règles moins rigoureuses se sont montrées viables ; mais il ne faut pas oublier que la clientèle alsacienne ne fait que continuer ses habitudes et n'est pas portée ainsi à abuser de la situation.

#### f) LES COMPTES-JOINTS

**94.** Avant de clore notre exposé sur les comptes en banque, il est indispensable de nous arrêter aux comptes-joints (1).

Le compte-joint est un compte dont les titulaires sont créanciers solidaires du banquier (1<sup>a</sup>) ; peu courant en France, il est très répandu en Suisse et en Allemagne.

Le compte-joint entre époux est en principe licite en France (2), mais il peut être dangereux pour la femme commune en biens à cause des risques de violation de l'article 1388 du C. civ. relatif aux droits du mari comme chef de la communauté ; cependant M. Hamel considère que la responsabilité du banquier n'est pas engagée dans ce cas (3).

(1) BIBLIOGRAPHIE : cf. RIESSER-BERNSTEIN, *Das Bankdepotgesetz*, 5<sup>e</sup> éd., p. 87 ; *Das Gemeinschaftsdepot von Wertpapieren*-DERNBURG, *Bürg. Recht II*, 1, p. 381 ; pour la France et la Suisse, cf. HAMEL, p. 513 ; GUILMARD, *L'évasion fiscale*.

(1<sup>a</sup>) HAMEL, n° 328, p. 513. Le régime fiscal de ces comptes a été arrêté en France par la loi du 31 mars 1903 pour éviter les fraudes fiscales ; cf. HAMEL, n° 333, p. 518.

(2) HAMEL, n° 332, p. 517.

(3) HAMEL, n° 332, p. 518. Pour le régime de ces comptes en cas de décès d'un des époux ; cf. en France, HAMEL, *loc. cit.* ; en Allemagne, ce sont les prescriptions du § 28 de l'*Erbschaftssteuergesetz* qui s'appliquent comme en cas de mandat (Vollmacht).

D'ailleurs ces comptes restent l'exception en France tandis qu'ils sont très courants en Allemagne, où on les considère comme un des moyens d'obvier aux difficultés que le régime légal crée à la femme pour se faire ouvrir un compte (4).

Il existe deux catégories de comptes-joints (*Gemeinschaftliche Konten*), dans les uns le droit de disposition (*Verfügung*) appartient aux titulaires du compte conjointement (*gemeinschaftlich*), dans les autres le droit de disposition appartient à chacun des titulaires isolément (*einzel*n) (5).

Cette institution laisse une grande liberté à la femme allemande, liberté à laquelle la femme française ne pourrait prétendre que si les comptes-joints étaient répandus chez nous ou si le mari lui donnait mandat de gérer son propre compte ce qui n'arrive guère que lorsque le mari prévoit une absence assez prolongée.

#### g) VUE D'ENSEMBLE ET CRITIQUE

95. Si nous voulons maintenant résumer notre étude dans une courte vue d'ensemble, il en résulte que presque toujours en Allemagne comme en France la femme mariée a de grosses difficultés à se faire ouvrir un compte en banque à moins qu'elle ne produise l'autorisation maritale. Mais une fois le compte ouvert, la femme allemande est incontestablement plus libre que la Française, parce qu'elle n'est pas assujettie pour les actes dépassant l'administration à la règle de la spécialité de l'autorisation. Si la femme allemande rencontre presque autant de difficultés que la

(4) Cf. *supra*, note 19, n° 86.

(5) Voir *infra* la formule usitée pour le cas où les époux ne peuvent disposer que conjointement, Annexe E, formule 4.

femme française c'est à cause de la restriction de ses pouvoirs.

Des critiques se sont élevées à maintes reprises contre le système allemand et cela en Allemagne même, soit qu'on ait considéré les droits des femmes comme insuffisants (1), soit surtout qu'on ait envisagé la situation difficile du banquier qui se trouve en présence d'une femme mariée ; le témoignage des auteurs allemands vient donc confirmer les résultats de notre enquête personnelle en Allemagne.

Dès 1903 le Dr Sontag (2), alors Gerichtsassessor à Berlin, dénonçait la difficulté des rapports des banques avec les femmes mariées, faisant allusion aux plaintes réitérées des banquiers qui ne savent jamais quelles opérations ils peuvent conclure avec les femmes seules et lesquelles nécessitent l'autorisation du mari. Selon lui, le banquier qui se trouve en présence d'une femme mariée aurait deux choses à examiner : 1° en présence de quelle masse se trouve-t-il ? *Eingebrachtes Gut* ou *Vorbehaltsgut* ?, examen auquel il sera obligé de renoncer parce qu'il est pratiquement impossible ; on fera exception cependant pour le cas où la femme rapporte la preuve, de sa propre initiative ; le banquier agira donc en principe comme s'il s'agissait d'*Eingebrachtes Gut* ; 2° puisqu'on est censé être en présence d'*Eingebrachtes Gut*, s'agit-il d'un acte de disposition (*Verfügung*) ? Après avoir fait l'analyse des divers cas qui peuvent se présenter, le Dr Sontag arrive à la conclusion que la plupart des opérations bancaires constituent des « *Verfügungen* » et en particulier l'ouverture d'un compte ainsi que les actes de disposition sur ce compte, car même

(1) Et il est incontestable que c'est un inconvénient d'avoir à produire l'autorisation du mari en cas de mésentente des époux.

(2) In *Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank und Börsenwesen*, 2° année (1902-1903), 2-p. 136 et s., n° du 9 juin 1903 ; *Der Geschäftsverkehr des Bankiers mit Ehefrauen*.



si d'après les circonstances la femme n'y avait que de l'actif, il est de l'essence même du compte de comporter un passif en même temps qu'un actif et il conclut : comme le banquier n'a ni le temps ni la possibilité de vérifier de quelle masse il s'agit, il lui est recommandé d'exiger l'autorisation maritale dans tous les cas (3) et il conseille de demander conformément à l'usage des banques berlinoises une autorisation générale dont il propose une formule préférable à celle usitée alors (4) et qui sera signée de la main du mari ; il ne veut pas se prononcer sur le point de savoir si le mari donnera volontiers ces pouvoirs à la femme (5).

96. Selon M. Bruno Buchwald (6) les banques réclament par principe de toute femme mariée l'autorisation du mari pour l'ouverture d'un compte. En effet bien que la femme ne subisse pas de restriction dans sa faculté de disposer du Vorbehaltsgut (§ 1365 BGB.) et que la jouissance et l'administration du mari s'étendent seulement sur l'Eingebrachtes (§ 1363 BGB.), il est naturellement très difficile à la Banque de s'assurer que le patrimoine de la femme comporte des biens réservés, et dans quelle mesure. M. Buchwald fait une exception pour le cas où le Vorbehaltsgut provient d'un contrat de mariage. Il ajoute que dans le cas où l'autorisation maritale est requise, il suffit qu'elle soit accordée pour toutes opérations, mais qu'il faut cependant spécifier expressément que la femme peut faire fonctionner un compte de dépôt et disposer à tout moment de son avoir

(3) « Da nun der Bankier nicht Zeit und Möglichkeit hat, in eine Prüfung der Frage einzutreten, zu welcher güterrechtlichen Masse das Gut gehört, über welches die Frau « in concreto » verfügen will... », art. cité p. 137.

(4) Cf. à notre annexe C, *infra*, les formules n<sup>os</sup> 1 et 2.

(5) « Wie weit freilich alle Ehemänner für dessen Vollziehung (der Genehmigung) zu haben sein werden, muss ich offen lassen » art. cité,

(6) In *Technik des Bankbetriebes*, p. 165.

(Guthaben) et des titres déposés et les engager par ses obligations.

M. Georg Obst (7) dit dans des termes voisins que l'activité de la femme mariée se trouve limitée de bien des façons par les droits du mari quand l'épouse n'est ni séparée de biens ni *Geschäftsfrau* et, comme la Banque ne peut vérifier s'il s'agit de *Vorbehaltsgut* et dans quelle mesure, elle exige par principe (*grundsätzlich*) pour l'ouverture d'un compte, l'autorisation écrite (*schriftliche Genehmigung*) du mari.

Des critiques beaucoup plus violentes que celles du D<sup>r</sup> Sontag ont été élevées récemment par le D<sup>r</sup> Wimmer (8). Il déplore que le tiers de bonne foi ne soit pas protégé quand il a cru au pouvoir de disposer d'une femme mariée (9) et signale que cette règle a causé de grosses difficultés dans les affaires. Les dispositions des §§ 1395 et 1404 BGB. ont obligé ceux qui contractent avec des femmes à la vérification des pouvoirs de ces dernières, vérification qui se révèle assujettissante et quelquefois à peine possible. Les tiers devant lesquels se présente une femme mariée, doivent réclamer l'autorisation du mari, s'ils ne veulent courir le risque que l'acte envisagé soit nul à l'égard du mari, nul par conséquent aussi à l'égard de l'Eingebrachtes (10). Selon le D<sup>r</sup> Wimmer, les femmes, qui ont aujourd'hui plus d'indépendance et ont fréquemment exercé une profession avant leur mariage, sont fort mécontentes lorsqu'on leur réclame *a priori* l'autorisation maritale et les banques ont particulièrement à souffrir de cet état de choses. Si le

(7) In *Geld Bank und Börsenwesen*, p. 146.

(8) WIMMER, *Schutz des Geschäftsverkehrs gegen unbekannte Verfügungsbeschränkungen*, in *Zeitgemässe Bankrechtsfragen*, colonnes 204 et s.

(9) Cf. §§ 1395 et 1404 BGB.

(10) Art. cité col. 204. En ce sens, SONTAG, pp. 136 et s.,

§ 1395 BGB. rend les relations d'affaires difficiles, le § 1404 aggrave encore la situation en refusant protection au tiers de bonne foi. On a bien prétendu (11) que la femme commettait un délit en laissant croire qu'elle n'était pas mariée, et l'Eingebrachtes répond des délits sans égard aux droits du mari (§ 1411 BGB.) ; mais selon le Dr Wimmer il serait difficile de prouver le dol (*Arglist*) parce que beaucoup de femmes modernes ne peuvent admettre qu'elles soient obligées de faire part de leur mariage à la banque (12), si bien que leur bonne foi ne peut être mise en doute ; d'ailleurs l'ignorance du tiers pourrait très bien ne pas être due à la femme (13) ; néanmoins le banquier peut trouver quelque sécurité dans le fait que la femme doit lui signer certaines pièces ; elle commettrait une fraude en signant intentionnellement de son nom de jeune fille (14).

On soutient bien dans le commentaire du Bankdepotgesetz de Riesser-Bernstein (15) que le § 1404 BGB. ne s'applique pas à une affaire en cours lors de la conclusion du mariage, mais selon le Dr Wimmer cette solution légitime ne trouve pas de fondement direct dans le § 1404 et laisse toujours planer un doute. Conseillant l'abrogation du paragraphe incriminé, notre auteur examine les raisons qui ont conduit le législateur à introduire cette exception à la règle générale du § 135 BGB. et ne les trouve pas déterminantes.

Pour conclure le Dr Wimmer est d'avis que l'abrogation du § 1404 BGB. est d'une urgente nécessité pour les besoins de la pratique ; il ajoute que cette disposition tombera d'ail-

(11) Cf. SONTAG, art. cité p. 138 ; MOT., t. IV, p. 237.

(12) Le Dr WIMMER se place plus particulièrement au point de vue des rapports de l'épouse avec la banque.

(13) Cf. STAUB, Ann. 36 au § 366 HGB.

(14) Sauf bien entendu dans les cas où la femme conserve ce nom.

(15) Ed. 1928, p. 78.

leurs d'elle-même, si l'on supprime les restrictions aux pouvoirs de l'épouse. Il trouve cette réforme, envisagée alors, très souhaitable au point de vue de la sécurité des relations commerciales, le seul auquel il veuille se placer.

Toutes ces critiques nous montrent que les relations d'affaires sont assez compliquées en Allemagne entre banquiers et femmes mariées. Avant de passer à l'étude des mouvements de titres nous nous arrêterons encore à quelques opérations diverses.

### 2° Opérations diverses

97. Nous envisagerons successivement la location d'un coffre (1) et les avances sur titres, mais n'y consacrerons que de brefs développements.

#### a) LOCATION D'UN COFFRE

En France la femme mariée a besoin, sans doute, pour la location d'un coffre, comme pour tout contrat, de l'autorisation maritale, au moins quand elle est commune en biens.

En Allemagne la location d'un coffre n'étant pas une « *Verfügung* », la femme peut l'entreprendre seule, l'unique conséquence du manque d'autorisation du mari étant que l'Eingebrachtes Gut ne répond pas du prix de location (2) (cf. § 1399 BGB. al. 2) ; mais la banque a toujours un droit de gage légal sur le contenu du coffre (§ 559 BGB.) ; aussi les banques acceptent-elles, vu les risques minimes qu'elles courent, de louer un coffre à une femme mariée en l'absence d'autorisation maritale.

(1) Schrankfach, Schliessfach, Stahlfach, Safe.

(2) Cf. SONTAG in *Bankarchiv*, p. 137 g « die Konsequenz der fehlenden Einwilligung des Mannes ist nur, dass das Eingebrachte Gut nicht für den Mietzins haftet ».

On a discuté pour savoir si le mari devait avoir accès au coffre de l'épouse ; la solution de ce problème dépend du régime matrimonial et des conditions du contrat de location ; mais en aucun cas le droit d'accès du mari ne pourrait se fonder sur ses prérogatives de jouissance et d'administration (3).

Malgré que le consentement du mari ne soit pas requis à cet effet, certaines formules générales d'autorisation matrimoniale prévoient l'ouverture d'un coffre parmi les opérations permises (4).

#### b) AVANCES SUR TITRES

En France l'épouse ne peut emprunter ni aliéner des valeurs mobilières quand elle est commune en biens, ni même quand ses pouvoirs sont limités à l'administration, ce qui est le cas de la femme dotale pour ses paraphernaux ou de la femme séparée de biens.

Il n'y a donc que la commerçante et la femme qui exerce une profession distincte qui puissent se faire consentir des avances sur titres (5).

En Allemagne la femme, même alors qu'elle est mariée sous le régime légal, peut théoriquement emprunter, mais pratiquement les tiers se méfient. L'épouse ne peut d'ailleurs donner en garantie des titres provenant de l'Eingebrachtes Gut qu'avec l'autorisation maritale (§ 1399) (6), car la mise en gage (*Verpfändung*) est une « *Verfügung* » ; pour ne pas avoir à vérifier l'origine des titres, la Banque

(3) OLG. Dresden, décision du 16 mai 1918 in *Bank-Archiv* 18, p. 88.

(4) Cf. sur tous les points précédents, RIESSER, *Das Bankdepotgesetz*, 5<sup>e</sup> éd., avec la collaboration de Otto BERNSTEIN, p. 78 (renvoi au *Formulaire* de KOCH-SCHÜTZ, p. 48). — Bruno BUCHWALD, *Technik des Bankbetriebes*, pp. 37 et 165. — *Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit* (5<sup>e</sup> à 8<sup>e</sup> éd., Berlin, 1920), p. 190.

(5) HAMEL, n<sup>o</sup>. 222, p. 285.

(6) Cf. Enneccerus, p. 342, § 134 Verfügung.

préfère en toutes circonstances demander l'autorisation du mari (7).

Cependant l'épouse doit pouvoir se faire consentir, seule, des avances sur titres, quand elle est séparée de biens ou quand elle peut facilement prouver que les valeurs envisagées proviennent de son Vorbehaltsgut.

## B. — Mouvements de titres

98. Nous étudierons sous cette rubrique les achats et ventes de valeurs mobilières ainsi que les transferts et conversions.

Une remarque liminaire s'impose. Tandis qu'en France nous nous trouvons en présence d'un monopole des agents de changes pour les opérations d'achat et de vente des valeurs cotées au Parquet, ces intermédiaires n'existent pas en Allemagne.

Bien souvent les conditions que le Banquier français impose à la femme mariée ne sont autres que celles imposées par la Chambre des agents de change qui n'a pas d'équivalent chez nos voisins.

En France la vente de titres ne peut être permise qu'à des commerçantes ou à des femmes possédant des biens réservés ; pour l'achat, la question est plus discutée (7<sup>a</sup>). L'achat et la vente de valeurs sont considérés en Allemagne comme des « *Verfügungen* » (8), l'épouse ne peut donc les entreprendre relativement à ses biens d'apport et les banquiers se montreront sans doute aussi prudents qu'en France.

(7) Cf. SONTAG, art. cité p. 137 a : « Kauf, Verkauf und Lombardierung von Wertpapieren sind die zweifelfreiesten Beispiele einer solchen Verfügung über Eingebrahtes Gut... beim Lombardgeschäft findet eine Belastung des Eingebrahten Gutes statt. »

(7<sup>a</sup>) Cf. HAMEL, n<sup>os</sup> 218, 219, surtout 220, pp. 381 et s., et 222.

(8) Cf. SONTAG, note 7 ci-dessus.



En ce qui concerne les transferts et conversions de titres, nous nous trouvons dans une situation bien différente dans nos deux pays, du fait que les actions nominatives (*Namensaktien*), si courantes chez nous sont très peu répandues en Allemagne (9) ; on ne les y rencontre guère que dans certaines catégories de Sociétés comme les Compagnies d'Assurances et les Sucreries (10) ; les actions non encore libérées sont également nominatives (11).

Tandis que des problèmes très complexes se posent à cet égard en France (12) particulièrement en ce qui concerne les femmes mariées (13), la question des transferts et des conversions est donc d'une importance pratique presque nulle en Allemagne. Aussi avons-nous trouvé peu de documents sur ce sujet ; lors de notre enquête à Berlin nous avons pu obtenir quelques renseignements verbaux d'où il résulte que les actions nominatives de l'épouse sont immatriculées à son nom et qu'une autorisation spéciale du mari est requise lorsqu'il s'agit de transferts ou de conversions de titres appartenant à une femme mariée (14). Cette condition est exigée de la part des sociétés émettrices, la Banque ne servant que d'intermédiaire.

(9) Bruno BUCHWALD, p. 48 : « die auf den Namen lautenden Aktien (Namensaktien), von denen es nur eine geringe Anzahl gibt. »

(10) BUCHWALD, pp. 48 et 49

(11) De même les *Interimscheine*, sorte de « promesses d'actions ».

(12) Cf. J. BÉZARD-FALGAS, *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*. Paris, 1924.

(13) Cf. BÉZARD-FALGAS, pp. 374 et s., n° 251 et s. et n° 56, pp. 108 et s.

(14) Les conditions exigées dépendent des statuts des sociétés. L'autorisation du mari est en général exigée, bien qu'il n'y ait pas de *Verfügung* parce que le contenu du droit se trouve modifié (*der Inhalt des Rechts wird verändert*). — En France la femme séparée de biens peut convertir du nominatif au porteur sans autorisation, cf. HAMEL, n° 220, p. 382.

## C. — Caisses d'Epargne

99. Avant que la France eût institué les biens-réservés de la femme, une série de lois avait donné à l'épouse la possibilité de disposer dans une certaine mesure de ses économies (15). La même nécessité ne s'est pas fait sentir en Allemagne où la femme mariée est pleinement capable et peut disposer librement de ses biens réservés, aussi n'y rencontrons-nous aucune loi spéciale pour régler les rapports des femmes avec lesdits Etablissements.

Beaucoup de Caisses d'Epargne fonctionnent un peu à la manière des Banques en Allemagne et ouvrent des comptes de dépôts ; elles sont souvent moins exigeantes à l'égard des femmes mariées que les grandes Banques ; mais d'après des renseignements officieux qui nous ont été communiqués on pourrait considérer comme concurrence déloyale le fait par certains établissements de ne pas imposer aux épouses les conditions normales eu égard à la loi (16) ; les dits établissements s'attirent ainsi des clientes, mais une maison sérieuse doit tenir compte des droits que le régime accorde au mari sur une portion au moins du patrimoine de sa femme.

Une caisse d'épargne allemande pourrait d'ailleurs être actionnée en dommages-intérêts par le mari, si elle avait, malgré l'opposition de ce dernier, laissé l'épouse opérer des retraits de fonds (17).

(15) Cf. *supra*, n° 16.

(16) C'est-à-dire l'exigence de l'autorisation maritale quand il s'agit d'Eingebrachtes ou la preuve que les biens envisagés sont du Vorbehaltsgut, preuve qui pourrait être une déclaration du mari. En résumé les établissements qui traitent avec les femmes mariées s'ils veulent agir en toute sécurité devront exiger l'autorisation maritale en toutes circonstances.

(17) Sur le droit pour la caisse d'épargne de vérifier les pouvoirs du

## SECTION III

## CONCLUSION SUR LA GESTION DU PATRIMOINE

100. L'examen approfondi des relations de l'épouse avec les banques est venu confirmer très sérieusement notre opinion antérieure (1), d'après laquelle les rapports d'affaires de la femme mariée avec les tiers ne sont pas plus aisés en Allemagne qu'en France. Si le mariage ne fait pas perdre sa capacité à l'épouse allemande, le régime matrimonial lui retire ses pouvoirs sur l'Eingebrachtes Gut ; elle est donc, à l'égard de cette masse, dans la même situation que la Française. On aurait pu croire que, du moins, l'Allemande aurait toute liberté d'agir relativement à ses biens réservés ; or, c'est une erreur. L'Allemagne connaît les mêmes difficultés que nous en ce qui concerne la preuve des biens réservés ; la « paraphernalité » y étant l'exception on présume que les biens qui sont entre les mains de l'épouse sont biens d'apport ; à ceux qui allèguent leur qualité de Vorbehalts-gut d'en faire la preuve ; or, cette preuve est aussi difficile à rapporter pour la femme allemande que pour la Française : le seul système que les tiers aient trouvé pour se garantir là-bas comme chez nous, c'est d'exiger en tout état de cause l'autorisation maritale.

On ne peut donc pas dire que, si la loi du 13 juillet 1907 est restée bien souvent lettre morte en France, c'est parce qu'elle était d'importation étrangère et que, viable sous les régimes matrimoniaux germaniques, elle ne l'était plus dans le cadre juridique français. Ce qu'on peut dire, c'est que pratiquement la femme n'a ni en Allemagne ni en

titulaire du livret, cf. l'article : *Das Sparbuch als Legitimationspapier in Deutsche Sparkassenzeitung* 1935, n° 91 ; cf. RGZ. 91, 401.

(1) Cf. *supra*, n° 34.

France les pouvoirs que la loi lui faisait espérer sur ses biens réservés. Faut-il en conclure, comme certains, que la femme ne jouirait de ces pouvoirs que si l'on venait à instituer un régime légal de séparation de biens ?

Il serait plus simple, selon nous, d'admettre que le système de preuve applicable aux biens réservés est déplorable aussi bien en Allemagne qu'en France ; le législateur français est d'ailleurs moins excusable que l'Allemand, car, introduisant sa réforme sept ans plus tard, il aurait pu tirer profit de l'expérience allemande.

La solution pour laquelle nous penchons ne serait pas celle d'un bouleversement de nos régimes matrimoniaux. Pour obtenir que la capacité de la femme fût autre chose qu'une satisfaction théorique, il faudrait réaliser une certaine extension des pouvoirs de l'épouse. Ce but paraît susceptible d'être atteint de deux manières, d'abord en diminuant les pouvoirs excessifs du mari, ensuite en instituant un régime de preuves qui permette à la femme l'exercice effectif de pouvoirs qu'elle n'a aujourd'hui bien souvent que sur le papier, relativement aux masses que la loi abandonne à sa gestion.

---



DEUXIÈME PARTIE •

---

L'EXERCICE D'UNE PROFESSION  
PAR LA FEMME MARIÉE  
LA PROFESSION EN GÉNÉRAL  
LA FEMME COMMERÇANTE





## TITRE PREMIER

### LA PROFESSION EN GÉNÉRAL

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### PRINCIPES GÉNÉRAUX

---

**101.** La femme qui travaille est, dans les deux pays qui nous occupent, l'objet de mesures de faveur. Les produits de son activité y forment, grâce à l'institution de Biens réservés (*Vorbehaltsgut*) une masse sur laquelle ses pouvoirs sont très étendus.

**102.** Avant d'entrer dans une comparaison de détail, il convient de mettre tout d'abord en relief quelques divergences de principe de nos deux systèmes.

Si l'expression « biens réservés » est la traduction littérale du mot allemand « *Vorbehaltsgut* » (1), les deux termes ne correspondent cependant pas exactement aux mêmes réalités.

A côté de biens réservés légaux, seuls connus de la légis-

(1) Il s'agit, nous dit-on, d'un emprunt à la terminologie allemande.  
— LALOU, n° 24, p. 72. — PL. et RIPERT et NAST, t. IX, p. 823, note 1.  
— PLANIOL, t. III, p. 123.

lation française, l'Allemagne admet les biens réservés conventionnels (2).

Mais même en ce qui concerne les *biens réservés légaux* les principes sont différents. Tandis qu'en France ces biens existent indépendamment du régime (3), seul le régime matrimonial légal allemand prévoit un *Vorbehaltsgut* légal (§ 1367 BGB.) (4) le législateur n'ayant pas cru pouvoir concilier avec le principe de communauté l'existence de biens réservés légaux (5) ; ceux-ci seraient en outre inutiles sous le régime de séparation de biens qui ne correspond, en Allemagne, qu'à l'extension du *Vorbehaltsgut* à tout le patrimoine de la femme.

D'autre part, l'institution des biens réservés légaux est d'*ordre public* en France (6). Les époux n'y peuvent, d'un commun accord, modifier la composition de cette masse ni dans le sens de la restriction ni dans celui de l'extension (7), alors qu'en Allemagne il leur est loisible de déroger par la convention au § 1367 BGB. qui n'est que supplétif (8) ; les dérogations sont d'ailleurs prévues expressément par le

(2) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1315 et note 2, p. 834 ; J. LAIR, thèse citée, p. 71.

(3) NAST in PLANIOL et RIPERT, t. IX, n° 1313, p. 832 ; PLANIOL, t. III, n° 1045-4°, p. 124 ; LALOU, n° 9, p. 23 et notes 1 et 2 sous Cass. civ., 1<sup>er</sup> février 1909, D. 1909.1.85. Voir aussi l'espèce *Quillet c/ dame Quillet* qui réglait une question de saisie-arrêt en cas de séparation de biens (Paris, 7 déc. 1907, D. 1908.2.209).

(4) MARGAT, p. 186 ; LYON-CAEN, thèse, p. 250.

(5) Martin WOLFF, § 60, V, 1 c.

(6) GUYOT, p. 83 thèse. LALOU, n° 9, pp. 23 et 24 ; NAST in PLANIOL et RIPERT, t. IX, n° 1316, p. 835 ; Léon LYON-CAEN in *Annuaire de législation française*, 1908, pp. 194 et 195.

(7) En ce sens, MARGAT, p. 182 ; *Contra*, DÉPINAY in *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, t. XXXIX, année 1908, pp. 119 et s. Il admet les clauses extensives.

(8) PL. et RIPERT, t. IX, n° 1316 et note 3, p. 835 ; LALOU, *loc. cit.* ; GUYOT, thèse, pp. 41 à 43 et 82, 88 et s. ; Léon LYON-CAEN in *Bull. Sté de légis. comp.*, t. XXXVII, année 1907/08, p. 100.

§ 1367 BGB. Les modifications peuvent intervenir à tout moment puisqu'il n'y a pas d'immutabilité des conventions matrimoniales, elles sont soumises simplement à des conditions de forme et de publicité (§§ 1434 et 1435 BGB.). Les époux pourraient même, semble-t-il, supprimer le Vorbehaltsgut légal (9) ou convenir que tous les biens de la femme seront Vorbehaltsgut, mais il faut avouer que ce serait là défigurer le régime légal aussi complètement (10) que se trouve défiguré chez nous le régime dotal lorsque la femme stipule que tous ses biens seront paraphernaux.

103. A ces deux premiers points de vue, la supériorité du système français nous paraît évidente (11). Si l'on considère comme équitable de donner à la femme des droits privilégiés sur les produits de son travail, pourquoi en priver certaines femmes à raison de leur régime matrimonial ? En outre, la protection de la femme est mal assurée quand des conventions entre époux peuvent venir anéantir ses droits (12). Nous ne croyons pas d'ailleurs que cette supériorité se fasse beaucoup sentir dans la pratique pour la raison

(9) Voir GÉNY in *Bull. Sté Et. législ.*, 1901-1902, p. 175 et L. LYON-CAEN, art. cité. D'après le prof. M. WOLFF (§ 46, IV, 1, note 43) la convention ne peut empêcher l'acquisition de biens réservés pour l'avenir. En ce sens, JOERGES, *Eheliche Lebensgemeinschaft*, pp. 191 et s.

(10) On serait alors en présence du régime de séparation de biens, cf. WOLFF, § 46, I, 2 a et note 23, p. 182.

(11) Il est d'ailleurs semblable au système adopté en Suisse. Les biens réservés y existent indépendamment du régime (art. 191 CCS.) et sont d'ordre public en vertu de l'art. 9 al. 1 du titre final CCS. L'interprétation des auteurs suisses (ROSSEL et MENTHA, t. I, titre V, n° 457, p. 335 et BARTHOLMËSS, thèse, pp. 109 et 110) nous paraît de nature à effacer celle des commentateurs français (voir GÉNY, art. cité, pp. 322 et 323 ; SALEILLES in *Bull. Sté études législatives*, 1907, pp. 581 et s. ; PL. et RIPERT et NAST, t. IX, p. 835) qui n'a porté que sur le texte de l'avant-projet de 1900. D'après EGGER (*Das Familienrecht des schweiz. ZGB.* art. 191, note 3°) le 3° alinéa de l'art. est de droit impératif et non le 2°.

(12) Léon LYON-CAEN in *Bull. Sté de législ. comp.*, t. XXXVII, p. 101.

signalée plus haut que les époux allemands répugnent à faire un contrat (13) ; la plupart d'entre eux vivent donc sous l'empire du régime légal, c'est-à-dire des biens réservés légaux et nous ne croyons pas qu'ils fassent grand usage de leur liberté concernant l'extension ou la restriction desdits biens.

104. Si les époux ne peuvent, en France, par la convention, créer des biens réservés, le caractère d'ordre public de la loi de 1907 entraîne une autre conséquence ; *les tiers eux-mêmes ne peuvent faire des libéralités à la femme en stipulant qu'elles appartiendront au patrimoine réservé tandis qu'une telle source de biens réservés conventionnels est expressément prévue par le BGB. (§ 1369). (14). On admet cette solution même si l'acquisition est antérieure au mariage (15). Le testateur peut même étendre la qualité de bien réservé à la réserve héréditaire (§ 1368) (16). La femme*

(13) GUYOT, thèse citée, p. 41 ; L. LYON-CAEN, thèse<sup>9</sup>, p. 377.

(14) Cf. GÉNY in *Bull. Sté des études législ.*, 1901-02, p. 166 ; SALEILLES in *Réforme sociale*, 1901, t. II, p. 739.

(15) La question a été fort controversée, cf. GUYOT, pp. 44 et 45. Dans le sens de l'admission de la clause seulement quand elle était postérieure au mariage ; PLANCK, § 1369, ann. 5 ; *contra*, STAUDINGER, § 1369, ann. 2 ; WOLFF, § 46, I, 2 b et notes 29 et 30. Dans un arrêt du 21 mars 1907 (RGZ. 65, 367) le RG. s'était prononcé pour la première opinion, disant que le mot Frau employé dans le § 1369 signifiait Ehefrau. Un revirement de jurisprudence s'est produit et, dans un arrêt du 19 mars 1923 (RGZ. 106, 381), le Reichsgericht a admis la validité de cette clause alors même que la libéralité est antérieure au mariage, alléguant qu'il n'est plus conforme à la conception moderne de la justice de mettre les intérêts du mari au premier plan comme l'avait fait l'arrêt antérieur (p. 383). Cf. MITTEIS in *Reichsgerichtspraxis*, t. III, p. 211, n° 2 et p. 212.

(16) Léon LYON-CAEN in *Bull. Sté législ. comp.*, t. XXXVII, p. 100. Cette solution n'est pas admise dans le droit suisse bien qu'il y existe des biens réservés conventionnels (Léon ADAM in *Bull. Sté de législ. comp.*, t. XXXVIII, année 1908/09, p. 104 ; ROSSEL et MENTHA, t. I, titre VI, n° 456, p. 335, art. 190 CCS.).

allemande se trouve donc favorisée d'une part quant à l'étendue de son patrimoine réservé, les parents ayants, croyons-nous, volontiers recours à ce procédé et, d'autre part, quant aux circonstances dans lesquelles elle peut acquérir des biens réservés, puisque lesdites libéralités peuvent s'adresser même à une femme qui ne travaille pas.

Les donateurs ou testateurs qui ont particulièrement en vue l'intérêt de la femme prennent en France une autre mesure : ils stipulent que les biens à elle donnés ou légués resteront propres. Cette clause est plus avantageuse pour la femme (17) que ne le serait celle des biens réservés ; en effet ces derniers font partie, à la dissolution, de la masse commune et sont partagés alors que les propres ne le sont pas. La femme française peut donc, tout comme l'Allemande, recevoir des biens qui restent sa propriété, mais l'étendue de ceux qui sont soumis à son administration est bien moindre.

**105.** La loi française aurait-elle dû adopter sur ce point la solution allemande ? Nous ne le croyons pas, car le législateur de 1907 a eu surtout en vue, non de constituer à la femme un patrimoine indépendant mais bien de lui donner des droits sur les produits de son travail tout en respectant le plus possible l'esprit des régimes matrimoniaux (17<sup>a</sup>).

Il a voulu réparer une injustice vis-à-vis de la femme sans en commettre une à l'égard de mari, celui-ci n'ayant pas de biens réservés.

Le législateur allemand n'a pas eu la même conception. S'il est vrai qu'il n'a pas admis les biens réservés légaux sous les régimes communautaires, du moins y a-t-il admis les biens réservés conventionnels. Il est vrai que le mari

(17) Nous parlons de la femme commune en biens.

(17<sup>a</sup>) Cf. ESCARRA, t. I, n° 328, pp. 326 et 327.



peut en posséder aussi sous le régime de la communauté universelle (18), que ces biens aient leur source dans le contrat de mariage ou dans les stipulations des tiers donateurs ou testateurs comme le prouve le § 1440 BGB. qui renvoie expressément pour l'un et l'autre époux au § 1369 BGB. (19); mais sous les autres régimes communautaires les biens réservés du mari sont expressément exclus (§§ 1526 et 1555 BGB.) (20). Il convient d'ailleurs de rappeler que ces deux derniers régimes sont d'un usage peu fréquent en Allemagne.

**106.** Pour nous résumer sur l'esprit des deux systèmes, nous considérons que le caractère d'ordre public des biens réservés français correspond à plus de sécurité pour la femme qui travaille, puisque, sous tous les régimes et à peine de nullité des conventions contraires, elle jouit sur ses biens réservés des droits accordés par la loi. En contrepartie, ce caractère d'ordre public prive la femme de la possibilité d'acquérir sous forme de donations ou legs un patrimoine indépendant qu'elle pourrait consacrer le cas échéant à sa profession. Cette dernière conséquence nous apparaît comme inévitable eu égard à l'économie si différente des régimes matrimoniaux français et allemands.

**107.** Ces remarques préliminaires une fois faites, pénétrons maintenant dans les détails et voyons à quelles conditions la femme peut avoir un patrimoine réservé, quels sont les biens qui entrent dans la composition de cette masse et quels sont alors la capacité et surtout les pouvoirs de la femme.

(18) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1314 et note 4, p. 833.

(19) Contrairement, à ce que pourraient laisser supposer les notes trop succinctes de M. NAST (PL. et RIPERT, t. IX, n° 1213, note 2, p. 832 et n° 1314, note 4, p. 833) ; cf. WOLFF, § 60, V a.

(20) M. GÉNY, *loc. cit.*, p. 308, qui met la chose en doute, à tort, à notre avis, étant donné les termes catégoriques de la loi. En notre sens, lettre du prof. SCHRÖDER in *Bull. Sté Etudes législ.*, 1901-1902, p. 208 *in fine*.

## CHAPITRE II

### CONDITIONS AUXQUELLES LA FEMME PEUT AVOIR DES BIENS RESERVES

---

**108.** Les problèmes qui se posent à cet égard sont les suivants :

- 1° la femme doit-elle se livrer à un travail lucratif ?
- 2° doit-elle exercer une profession distincte de celle de son mari ?
- 3° est-elle soumise au contrôle soit du mari soit de la justice ?

#### SECTION I

##### TRAVAIL LUCRATIF

**109.** La condition primordiale pour que la femme acquière des biens réservés légaux (1) est qu'elle travaille et que son travail soit rémunéré.

Les travaux qu'elle fait dans son intérieur ne rentrent pas dans ce cadre. En effet, en France, le régime de faveur ne peut s'appliquer à un travail gratuit de la femme, même si elle a reçu une libéralité en échange (2) et en Allemagne le

(1) Nous avons signalé déjà qu'il en est autrement en Allemagne pour les biens réservés conventionnels. Cf. *supra*, n°s 102 et 104.

(2) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1323, p. 845 ; LALOU, n° 14.

législateur considère que le mariage crée à la charge de la femme une obligation d'accomplir les travaux du ménage sans qu'elle puisse exiger une rémunération (§ 1356 BGB) (3).

Il faut que le travail ait lieu au cours du mariage. Les gains antérieurs seraient soumis aux règles particulières du régime (4), par exemple sous le régime légal ces biens deviendraient communs en France et tomberaient en Allemagne dans les apports (5) à moins de conventions contraires possibles en vertu du § 1368 BGB. (6).

**110.** Il n'est pas nécessaire que la femme exerce une profession proprement dite, il suffit qu'elle ait gagné quelque chose du fait d'un travail, fût-il intermittent ou accidentel (7). Ceci résulte en effet des termes employés par la loi de 1907 et par le BGB.

En France il ne s'agit pas seulement de profession distincte (art. 1 al. 4 de la loi) mais avant tout des produits du travail (art. 1 al. 1) ; de même le § 1367 BGB. parle non seulement de « *selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts* » mais encore d'*Arbeit*. Sur la signification respective de ces deux termes l'accord est loin de régner ; nous admettons, avec la majorité des auteurs allemands, que le critère de la distinction entre *Arbeit* et *Erwerbsgeschäft* est

(3) WRONKER, p. 5 ; RGR. *Kommentar*, § 1367, ann. 2, p. 82 ; GÉNY, art. cité, p. 171.

(4) Nous avons vu que lorsqu'il s'agit de biens réservés acquis non plus par le travail mais sous forme de libéralités, en Allemagne, la règle est différente. Voir *supra*, n° 104, note 15.

(5) Les instruments de travail, qui sont en Allemagne biens réservés (§ 1366 BGB.), gardent ce caractère même s'ils ont été acquis avant le mariage.

(6) Cf. GUYOT, thèse citée, p. 95 ; WRONKER, thèse citée, p. 3.

(7) France : NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 845, n° 1324 ; MARGAT, p. 178. -- Allemagne : WRONKER, p. 3 ; RGR., p. 82, § 1367, ann. 2.

un critère de durée ; c'est donc le même que celui de la distinction entre travail et profession. Le travail (*Arbeit*) s'oppose à l'*Erwerbsgeschäft* (profession lucrative) comme activité non permanente (8). On se trouve ainsi amené à donner à *Erwerbsgeschäft*, terme assez vague à cause des multiples réalités qu'il embrasse, un sens extrêmement large. L'*Erwerbsgeschäft* comprend alors toute activité s'exerçant régulièrement, qu'il s'agisse de commerce, de professions libérales, de services publics ou privés (9).

111. Tandis qu'on n'exige pas en France que la profession soit *licite* (10), n'est pas considéré en Allemagne comme *Erwerbsgeschäft* l'exercice d'une activité immorale ou illícite (prostitution, jeux de hasard).

Le bénéfice des biens réservés s'étend à toute nature de travail, physique, intellectuel ou artistique, qu'il s'agisse d'emplois privés ou publics (11) ; cependant on ne considère pas en Allemagne comme source de biens réservés le fait pour la femme de donner en location des chambres dans le domi-

(8) HÖRLE, p. 14 ; GUYOT, thèse citée, pp. 200 et 201 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1324, p. 845. — *Contra* : WRONKER, p. 6.

(9) HÖRLE, pp. 12 et 13 ; PLANCK, § 1405, ann. 2 ; RGR., § 1367, ann. 4, p. 83 et § 1405, ann. 5. — *Contra* : M. WOLFF (§ 46, I, 1 c), auquel se rallie WRONKER, p. 7 ; d'après ces auteurs il s'agit seulement d'une exploitation, qu'elle soit commerciale, industrielle ou agricole ; c'est alors du chef de l'*Arbeit* que les produits du travail dans d'autres professions deviennent réservés. La controverse nous paraît se placer sur un terrain purement théorique, puisque lesdits gains deviennent réservés, quelle que soit leur dénomination.

(10) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1324, p. 845 ; GUYOT, pp. 96 et 97 ; HÖRLE, p. 13 ; WOLFF, § 46, I, 1 b *in fine* ; RGR., § 1367, ann. 2 ; GUYOT, p. 201.

(11) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1325, p. 846. Cf. cependant *infra*, n° 118, note 11 et n° 148, note 2, la controverse qui porte en France sur les femmes commerçantes et les femmes auteurs. — WOLFF, § 46, I, 1 b ; WRONKER, p. 3 ; HÖRLE, pp. 12 et 13 ; RGR., § 1367, ann. 2.

cile conjugal (12), ni même les prestations que cela entraîne de sa part telles que blanchissage, repassage, etc... (13).

**112.** Il faut que la femme exerce réellement un travail ; de pures spéculations ou de simples *placements de capitaux* ne suffisent pas. Par exemple, la femme commanditaire ne pourrait se prévaloir de la loi du 13 juillet 1907 (14). En Allemagne, la question est controversée mais la plupart des auteurs considèrent que les bénéfices de la femme commanditaire ne deviennent pas Vorbehaltsgut (15) ; en tout cas, presque tous s'accordent sur ce point qu'il n'y a pas d'Erwerbsgeschäft quand la femme est seulement intéressée, comme *Stille Gesellschafterin* (associée tacite), par une mise de fonds dans une association en participation ou qu'elle a placé son argent dans une société par actions ou une société à responsabilité limitée (16).

(12) WOLFF, § 46, I, 1 b, p. 180 et note 15 même page.

(13) OLGE. 41, 74, cité dans RGR., § 1367, ann. 2. Cf., en Suisse, ATF. XLVIII<sup>e</sup>, 422 et s., où le bénéfice des biens réservés a été refusé dans le même cas à cause de la collaboration du mari dans l'espèce soumise au Tribunal Fédéral.

(14) LALOU, n° 19 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1324, p. 845, note 2.

(15) En ce sens, RGR. § 1367, ann. 3, p. 82 ; ULLMANN, LZ. I, pp. 472 et s. ; PLANCK, § 1367, ann. 2 ; OLGE. 4, 242. Cf. DÜRINGER-HACHENBURG (FLECHTHEIM), t. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 1078 ; STAUB, *Intr.gle*, ann. 49, p. 20. — *Contra* : WOLFF, p. 180, note 15 ; WIERUSZOWSKI, t. II, p. 253, note 48 ; WRONKER, pp. 17 et s. — A ce sujet il est bon de rappeler qu'en droit français la règle qui exclut les commanditaires de la gestion et de la représentation de l'affaire est d'ordre public tandis qu'en droit allemand il n'y a que la règle qui leur refuse le droit de représentation qui soit de droit impératif. Cf. MÜGEL, in *ReglHW.*, t. V, p. 21. Cf. FLECHTHEIM in DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, § 164-2, p. 1091. — Sur la distinction entre Geschäftsführung (gestion) et Vertretung (représentation), cf. MÜLLER-ERZBACH, chap. XXXVIII, p. 192.

(16) HÖRLE, p. 14 ; WOLFF, § 46, note 15 ; RGR., § 1367, ann. 3, p. 82 ; OLGE. 68, 244. — *Contra* : WRONKER, pp. 16, 18 et s. qui fait des distinctions. Cf. FLECHTHEIM in DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 1199.

Mais on est en présence d'une activité procurant des biens réservés quand la femme est associée en nom collectif, même si elle n'a pas le droit de représenter la société à l'égard des tiers (*unter Ausschluss der Vertretung*) (17). Ce principe a été affirmé de façon péremptoire dans deux espèces assez récentes ; un arrêt du Reichsgericht du 28 juin 1915 (18) et un arrêt de la même juridiction du 17 janvier 1930 dans une affaire jugée en première et deuxième instance à Breslau (19).

Cependant lorsqu'une femme possède une entreprise, il n'est pas nécessaire qu'elle la dirige en personne pour que ses bénéfices soient réservés, elle peut avoir un gérant pourvu qu'elle soit entrepreneur (*Unternehmerin*) ou propriétaire (*Inhaberin*) (20).

## SECTION II

### PROFESSION DISTINCTE DE CELLE DU MARI

113. La loi de 1907 emploie les termes de travail personnel (art. 1 al. 1) et de profession distincte de celle du mari (1) (art. 1 al. 4) ; le travail lui aussi doit être distinct de celui du mari (2), d'autant que l'alinéa 5 du même article spécifie que la loi ne s'applique pas au gain résultant du travail commun des époux.

(17) Cf. WOLFF, § 46, I, 1 c. et notes 14 et 15 ; RGR., § 1367, note 3.

(18) RGZ. 87, 100 et s. rapporté in *JW.*, 15 septembre 1915, p. 1009, 2<sup>e</sup> colonne (1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> instance à Berlin).

(19) RGZ. 127, 114. Cf. DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle.*, ann. 34 et s., p. 104 et SIMON, *Die Ehefrau als Teilhaberin einer Offenen Handelsgesellschaft*, thèse Leipzig, 1911.

(20) WRONKER, p. 5 ; RGR., § 1367, ann. 3, p. 82.

(1) Cf. la différence entre profession distincte et commerce séparé, *infra*, n° 152.

(2) Cf. CHÉNOT, p. 11, n° 13. Rapport de M. GUILLIER, *J. O.* 1907, Sénat, annexe n° 77, pp. 55 et s. Voir l'arrêt de la Cour de Rouen du 21 juillet 1913 (D. 1915.2.44) rendu dans l'espèce *Dame Masson c/ Masson et Souiller* et note LALOU, D. 1915.2.41 et 42).



Le terme d'exercice « indépendant » (*selbständiger Betrieb*) employé par le législateur allemand est plus vague, mais il faut l'entendre également dans le sens de l'indépendance à l'égard du mari (3). Il faut en principe que l'affaire soit conduite au nom de la femme (3<sup>a</sup>) et que les actes juridiques soient accomplis par elle ou par ses représentants. Bien que la qualification de « selbständig » ne figure pas à côté du terme « Arbeit », il faut considérer que le travail même intermittent et qui ne revêt pas le caractère d'une profession doit être également indépendant de celui du mari (4).

114. Profession distincte ne veut pas dire différente (5), la femme pourrait exercer le même métier que le mari dans une entreprise distincte. Pourrait-elle le faire dans la même entreprise ? Les deux époux peuvent-ils être considérés comme ayant une profession distincte quand ils travaillent chez le même patron ? Nous admettons que cela est possible quand leur emploi est distinct (6) ou si, bien qu'ayant le même emploi, ils touchent un salaire séparé (7). Il en

(3) GUYOT, p. 201 ; HÖRLE, p. 13 ; RGR., § 1367, ann. 3, p. 82 ; PLANCK, § 1367 ; WOLFF, note 12, p. 180 ; WRONKER, pp. 7 et 8 ; THIELE in *Arch. Ziv. prax.*, t. CI, p. 321 ; ENDEMANN (*Bürg. Recht*, p. 346) dit qu'il ne s'agit que d'une indépendance juridique.

(3<sup>a</sup>) Pour la jurisprudence française il faut des présomptions concordantes, le fait que le bail et les quittances de loyer sont au nom de la femme constituent une de ces présomptions (arrêt précité de la Cour de Rouen, *Dame Masson c/ Masson et Souiller*).

((4) RGR., § 1367, ann. 2, p. 82, « eigene Arbeit... nicht zu gunsten des Mannes ».

(5) LALOU, p. 60.

(6) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1328, p. 850.

(7) LALOU, n° 20, p. 59 et LALOU, note D. 1912.2.67 qui critique le jugement du Tribunal de la Seine du 29 juillet 1910 (espèce *Dame Le Roux c/ Dame Chaillon et Chaillon*) où la femme était gérante et le mari agent d'affaires dans la même maison, il a été jugé qu'il s'agissait pour la femme des intérêts de ses capitaux et non d'un salaire. D. 1913.2.17 et D. 1915.2.41, notes LALOU.

serait autrement si les époux touchaient un salaire global, car il devient alors impossible de distinguer la part de la femme (8).

La question se complique lorsque la collaboration des époux prend la forme suivante : la femme est employée du mari ou inversement (9). D'après certains auteurs, il faut voir là le travail commun écartant l'application de la loi de 1907 en vertu de l'art. 1 al. 5 de ladite loi, à cause de l'impossibilité de distinguer la part de chacun et pour éviter la fraude à l'égard des créanciers (10). D'après M. Valéry (11) la difficulté se présenterait, non quand la femme est chef de l'exploitation et rétribue son mari, mais plutôt dans le cas inverse ; la femme qui aide son mari dans l'exercice de sa profession est assimilée à celle qui travaille dans son ménage (12).

Nous nous rallions à la thèse de M. Nast (13), d'après laquelle, malgré la collaboration des époux, on est en présence d'un travail personnel chaque fois que la femme tou-

(8) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 848. Jugement du Tribunal d'Abbeville du 21 juin 1910 dans l'espèce *Lucas c/ Dame Courtin*. Les époux Courtin, qui étaient engagés comme cocher et bonne touchant un salaire global de 90 fr. par mois, n'ont pas été considérés comme étant dans les conditions voulues pour l'application de la loi de 1907 (D. 1913.2.17 et notes 3, 4, 5 LALOU) ; Cf. PLANIOL, t. III, n° 1045-4°, p. 124, qui critique cette jurisprudence « nullement imposée par le texte de la loi ».

(9) Sur le point de savoir si le contrat de louage de services peut intervenir entre mari et femme, voir notes J. A. R. 1, 2, 3 sous Cass., 1<sup>er</sup> juillet 1932 (S. 1933.1.353), note LALOU, D. 1912.2.66.

(10) En ce sens, LALOU, n°s 14 et 20 et notes D. 1909.2.18, D. 1912.2.65, D. 1913.2.17 et D. 1915.2.41 ; il déplore d'ailleurs cette solution comme incitant la femme à travailler de préférence chez les tiers. MORIN, p. 180.

(11) In *Annales droit commercial*, année 1907, p. 398. Cf. note précitée S. 1933.1.353.

(12) PLANIOL, t. III, n° 1045-4°, p. 124 ; Allemagne, § 1356 BGB.

(13) PL. et RIPERT, t. IX, p. 848.

che un salaire distinct (14) ; il y a donc travail commun seulement en cas d'aide gratuite et habituelle et si les produits de l'exploitation font l'objet d'une perception globale (15), c'est-à-dire dans le cas où il y a impossibilité matérielle ou juridique de distinguer les produits du travail de la femme (15<sup>a</sup>). Lorsque les sommes qui ont servi à créer l'exploitation proviennent du mari ou de la communauté, la femme ne cesse pas pour autant d'exercer une profession distincte (16).

**115.** En Allemagne, on aboutit à des solutions similaires, la femme est considérée comme exerçant une profession distincte quand elle fait conduire son affaire par un fondé de pouvoirs (*Bevollmächtigter*) ou se fait aider par un employé, alors même que ce fondé de pouvoir ou cet employé est son mari (17). Mais si c'est le mari qui dirige comme entrepreneur, en vertu de son droit d'administration (18), l'exploitation appartenant aux apports (19) de la femme, les

(14) MARGAT, p. 53 ; BOUCHER, p. 73 ; GUYON, p. 70. Voir aussi Req., 4 mars 1929 (S. 1930.1.98), aff. *Aigrot c/ Dame Faucon-Aigrot*, rémunération de la femme pour gestion d'un fonds de commerce appartenant au mari mobilisé et à un associé. Sur le point de savoir si les époux peuvent se devoir des salaires l'un à l'autre, cf. LALOU, note D. 1912.2.66.

(15) MARGAT, p. 55. Dans le commerce il y a présomption *juris tantum* que la femme est préposée du mari, cf. *infra*, n° 151.

(15<sup>a</sup>) LALOU, note D. 1912.2.66.

(16) Cf. Cour de Rouen, arrêt précité du 21 juillet 1913, *Dame Masson c/ Masson et Souiller* et note LALOU, D. 1915.2.41). Cette circonstance est seulement de nature à influer sur la consistance des biens réservés (PL. et RIPERT, t. IX, n° 1328, p. 850).

(17) RGZ., 26 avril 1915, cité in RGR., § 1367, ann. 3, p. 82.

(18) Controverse sur le point de savoir si le mari peut le faire sans le consentement de sa femme. *Contra* : arrêt du RG. du 29 septembre 1904 (RGZ. 59, 25 et s.) ; DÜRINGER-HACHENBURG, I<sup>2</sup>, 64 ; STAUB, *Intr. Gle*, ann. 68. Cf. note 16, § 46, p. 180 dans WOLFF ; RGR., § 1367, ann. 5 ; WRONKER, p. 44.

(19) Il en serait autrement d'une exploitation appartenant au Vorbehaltsgut (RGR., § 1367, ann. 3 *a contrario*).

bénéfices ne sont pas biens réservés même si la femme fait le principal de l'ouvrage (20). Toutefois, même si le mari dirige en son propre nom une affaire appartenant aux apports de la femme, les bénéfices sont réservés quand il a été convenu entre les époux que l'affaire serait conduite entièrement pour le compte de la femme (21).

La jurisprudence allemande s'est préoccupée aussi des fraudes possibles (22) et il a été jugé que si le mari a transféré, par une sorte de simulation, sa boucherie à sa femme uniquement pour arracher les revenus aux créanciers, les bénéfices ne sont pas réservés même si le fonds est déclaré à la police (*polizeilich angemeldet*) et imposé au nom de la femme (23).

**116.** Nous avons vu qu'en France il y a travail commun des époux quand aucun salaire n'est accordé à la femme qui travaille chez son mari et que cette dernière ne profite pas dans ce cas du régime des biens réservés. Il en est de même en Allemagne où la femme est obligée de par la loi (§ 1356 BGB.), quand cela est conforme aux usages (par exemple dans le petit commerce), non seulement de s'occuper des travaux du ménage, mais encore d'*aider le mari dans ses affaires*, elle n'a droit, dans ce cas, à aucune rémunération et les gains qu'elle occasionne appartiennent au mari (24).

La loi allemande est ici plus précise et, par suite, plus

(20) WOLFF, § 46, I, 1<sup>c</sup>, p. 180 *in fine*.

(21) RGR., § 1367, ann. 3, p. 82 ; WOLFF, § 46, I, 1<sup>c</sup> et note 15 a, p. 180 ; R.G. in *JW.* 1912, p. 32, 16, LZ. 1922, 649 ; RGZ. du 29 novembre 1915 in RGR., § 1367, ann. 3, p. 82 ; MITTEIS in *Reichsgerichtspraxis*, t. III, n° 1, p. 211).

(22) Cf. *supra*, n° 114, note 10.

(23) RGR., § 1367, ann. 3, pp. 82 et 83 ; R.G. in *JW.* 1912, p. 32<sup>16</sup>. En France, il faut des présomptions précises et concordantes. Cf. arrêt Cour de Rouen, 21 juillet 1913, aff. *Masson* (D. 1915.241).

(24) Arrêt du Reichsgericht du 28 novembre 1932 (RGZ. 139, p. 294). Cf. MARGAT, p. 53.

rigoureuse (25) que la loi française, qui a seulement imposé aux époux des devoirs mutuels de secours et d'assistance d'où l'on pourrait peut-être déduire une obligation du même genre à la charge de la femme.

Toutefois si le mari accorde une rémunération à sa femme en échange de son aide, il ne faut pas voir là obligatoirement une donation qui tomberait dans les apports (26), mais bien un produit du travail ayant le caractère de bien réservé. En effet si la femme aide son mari au-delà des obligations imposées par le § 1356 BGB. elle a droit à une rémunération qui va grossir le *Vorbehaltsgut*.

Il faut admettre le principe suivant : si le mari a accordé cette rémunération à la femme, c'est sans doute parce qu'à son avis l'activité de son épouse a dépassé les limites de l'obligation légale du § 1356 BGB. (27).

**117.** Après cette analyse nous croyons pouvoir assimiler à peu près complètement la situation des femmes allemandes et françaises quant à l'exigence de la profession distincte. La femme pourra, dans un pays comme dans l'autre, acquérir des biens réservés quand elle travaille chez le même patron que le mari, quand bien même elle serait employée du mari ou inversement, à condition toutefois que la femme touche un salaire distinct.

(25) Voir *infra*, n° 134, la curieuse conséquence du § 1356 BGB. en ce qui concerne les dommages-intérêts dus pour accident survenu à la femme.

(26) Arrêt du RG. du 8 octobre 1906 in *aff. Grosse Berliner Strassenbahn contre St. Ehfr.* (RGZ. 64, 327), espèce où la femme peignait des objets de maroquinerie ; RGR., § 1367, ann. 2, p. 82 ; *Contra* : WIERUSZOWSKI, *Eherecht*, t. II, § 13, note 30.

(27) Arrêt précité du 8 octobre 1906. — M. WOLFF, § 31, VI, 1 et note 44, p. 109, ainsi que § 46 I, 1 b ; WRONKER, p. 3. — Rapprocher *aff. Aigrot c/ Dame Faucon-Aigrot* précitée (cf. *supra*, n° 114, note 14) dans laquelle la Chambre des Requêtes dit qu'il faut tenir compte de l'intention des parties (S. 1930.1.98).



## SECTION III

## DROIT DE CONTRÔLE DU MARI

118. Nos deux législations qui avaient jusqu'ici suivi des directions sensiblement parallèles semblent vouloir brusquement diverger et s'appuyer sur des principes diamétralement opposés.

Le BGB. consacre implicitement (1) le principe de l'entière capacité personnelle (2) de la femme mariée et abandonne le principe de l'autorité maritale (3).

Il en est autrement en France où la femme a besoin pour exercer une profession de l'autorisation de son mari (4). D'après nous, il ne s'agit pas ici pour ce dernier de remédier à une incapacité patrimoniale comme dans le cas de l'art. 217 C. civ., mais bien d'exercer un droit de contrôle découlant de son autorité sur la personne même de sa femme, il s'agit en un mot d'une question d'incapacité personnelle (5). Du moment que la femme a l'accord du mari, elle jouit alors en vertu de la loi d'une capacité exceptionnelle (6).

(1) Léon LYON-CAEN, thèse, p. 86.

(2) Selon nous la question de la liberté du travail de la femme ressortit aux rapports personnels entre les époux, cf. *infra*, n° 125.

(3) MARGAT, p. 95.

(4) Art. 4 du C. de commerce étendu à toutes les professions, cf. *infra*, n° 150.

(5) En ce sens, ROUAST (in PL. et RIPERT, t. II, n° 384, p. 307), qui emploie toutefois une autre terminologie et réserve le terme d'incapacité pour l'incapacité patrimoniale. Pour renforcer ses arguments en faveur de la théorie qu'il ne s'agit pas dans le cas présent d'incapacité patrimoniale, M. ROUAST invoque les législations allemande et suisse qui, bien qu'ayant supprimé ladite incapacité, maintiennent le droit de contrôle du mari (§ 1358 BGB. et art. 167 CCS.). Cf. ESCARRA, n° 315, p. 316.

(6) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 427, p. 345. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le fondement à attribuer à la nécessité du



Certains auteurs ont prétendu que la loi de 1907 avait aboli l'obligation de l'autorisation maritale, au moins quand la femme veut embrasser une profession dans le but de surveiller un placement de biens réservés acquis antérieurement (7).

Nous ne partageons pas cette manière de voir, considérant que ladite loi n'a rien changé sur ce point à la situation antérieure (8).

Elle n'a entendu modifier que les rapports pécuniaires entre époux et a laissé subsister l'incapacité personnelle de l'épouse (9). On trouverait confirmation du maintien de l'autorité maritale par la loi de 1907, d'après M. Nast dans

consentement marital. D'après M. ESCARRA, « il est impossible de faire abstraction soit de l'idée d'incapacité, soit de la notion de puissance maritale. En l'état actuel du droit français, la combinaison des deux idées répond seule à la réalité ». ESCARRA, *op. cit.*, n° 315, p. 316 ; cf. n° 314 a, p. 314. Son argumentation contre la théorie que nous soutenons ne nous paraît pas tenir compte de l'idée de M. ROUAST que la loi accorde à la femme, moyennant l'autorisation du mari, une capacité exceptionnelle.

(7) LALOU, n° 15 *bis in fine* ; Paris, 24 octobre 1912 (motifs), D. 1915.2.41 et note LALOU ; cf. Paris, 24 mai 1911, *Gaz. Pal.* 1911.2.128 ; cf. ESCARRA, t. I, n° 337, p. 335.

(8) C'est l'avis de la majorité des auteurs. BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VII, § 590 *bis*, note 3. Cf. ESCARRA, t. I, n° 319, p. 320 ; MARGAT, pp. 84 et 85 ; GUYOT, p. 85 ; A. COLIN, note D. 1908.1.25, col. 2 ; BERNARD et BONNECASE, *Rev. trim.* 1910, pp. 11 et 13 ; GAUDEMET, *Rev. trim.* 1927, p. 179 ; LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 102 ; LALOU, n° 15 ; THALLER, n° 172 *bis* ; Douai, 1<sup>er</sup> avril 1912, D. 1913.2.17, note LALOU ; Lyon, 17 octobre 1919.

(9) En ce sens, ESCARRA, n° 337, p. 335 ; ROUAST (PL. et RIPERT, t. II, n° 388, p. 312) et NAST (PL. et RIPERT, t. IX, n° 1326, p. 847) qui emploient toutefois une autre terminologie. Cf. *supra*, n° 118, note 5. Selon M. NAST, le but de la loi n'a pas été de régler les conditions auxquelles la femme mariée peut exercer une profession, mais seulement de lui conférer certains pouvoirs. Nous estimons que, bien que cette loi ait mis l'accent principalement sur les pouvoirs, elle a réglé en même temps une question de capacité patrimoniale, mêlant d'ailleurs les deux notions. D'après M. ESCARRA, la loi de 1907 est une loi non de capacité, mais de régime matrimonial impératif (cf. ESCARRA, t. I, n° 319, p. 320).

l'art. 4, 6° de la loi du 19 mars 1919 sur le registre du commerce (10).

Quoi qu'il en soit, nous admettons la nécessité pour la femme française d'être autorisée du mari pour exercer une profession ou même se livrer à un travail qui ne serait pas considéré comme une profession, tel qu'une production littéraire ou artistique (11).

Puisque la femme allemande peut embrasser telle profession qui lui plaît sans aucune autorisation maritale (12), faut-il nous empresser de dire que, pour le choix d'une profession, la femme française est complètement en tutelle, alors que l'Allemande jouit d'une liberté absolue ?

Nous nous garderons bien de tirer une conclusion aussi hâtive et examinerons au préalable quelle situation effective le jeu des différentes dispositions légales et leur application jurisprudentielle font à la femme mariée en-deça et au-delà du Rhin.

119. La femme allemande possède bien, nous dit-on, l'indépendance personnelle, mais des restrictions vont être apportées à cette indépendance du fait des droits reconnus au mari dans le ménage (13).

Le mari allemand est loin d'être laissé sans défense, lorsqu'il ne lui paraît pas désirable que sa femme s'adonne à une profession et il possède, tout comme le mari français, un droit de contrôle (14) fondé sur les §§ 1354 et 1358 BGB.

En vertu du § 1354 BGB. qui lui donne la décision dans les affaires concernant le ménage « *in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten* » et

(10) Iu PL. et RIPERT, t. IV, n° 1326, p. 847. Cf. ESCARRA, n° 310, p. 312.

(11) Voir discussion in *Bull. Sté Et. législ.*, année 1908, pp. 254 et s.

(12) Cf. *supra*, n° 118, note 1.

(13) L. LYON-CAEN, thèse, p. 89.

(14) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n. 307 en note,

s'appuyant sur le § 1356 BGB. qui impose certains devoirs à l'épouse au foyer, il peut faire défense à sa femme d'exercer une profession (15), sauf recours par elle au Tribunal des tutelles en cas d'abus du droit (16).

Certains auteurs prétendent que l'exercice d'une profession par la femme ne rentre pas dans les affaires communes, les seules prévues au § (17).

Nous rejetons cette thèse dissidente, considérant que la femme absorbée par ses occupations extérieures, sera bien fréquemment amenée, fût-ce malgré elle, à négliger ses devoirs d'épouse et de mère et que l'exercice par elle d'une profession concerne au premier chef les intérêts communs du ménage. La plupart des auteurs allemands reconnaissent d'ailleurs le droit de décision du mari dans ce cas et la jurisprudence les suit dans cette voie (18).

Il peut être intéressant de citer les termes dans lesquels s'exprime M<sup>lle</sup> Wronker qui défend, dans sa dissertation récente, la thèse généralement adoptée « car le droit de décision du mari posé par le § 1354 BGB. doit être considéré comme l'expression d'un principe suprême de puissance maritale dominant le droit de la famille tout entier, prin-

(15) GÉNY, art. cité, p. 171 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 63, p. 23.

(16) Cf. *infra*, n° 125 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 64, p. 23.

(17) WIERS, *Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau* Diss. Leipzig, 1931, p. 21 ; et dans une certaine mesure, Agnes KÜHL, *Das Eingreifen des Gerichts in die Stellung der Ehegatten*. Diss. Marburg, 1927, p. 54.

(18) WOLFF, § 31, VI, 2 a et b, p. 107 ; PLANCK, § 1356 BGB., ann. 4 ; DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. gle*, ann. 35, pp. 71 et s. ; Arrêt du RG. du 29 septembre 1904 (RG. 59, 32) ; JW. 1911, p. 773<sup>41</sup> ; Arrêt du RG. du 13 janvier 1914 (RGZ. 84, 47). Il ne faudrait pas considérer comme appuyant la thèse contraire une décision du RG. (RGSt. 35, 395) où il a affirmé que la femme pouvait refuser au mari l'accès de ses locaux commerciaux, car la femme exerçait sa profession du consentement du mari. WRONKER, p. 29 ; LILIENTHAL, p. 14 ; STAUB-BONDI, *Intr. gle*, Ann. 64, p. 23.

cipe devant lequel doivent céder toutes les autres prérogatives que les dispositions particulières du droit de la famille accordent à la femme » (19).

Dans le cas, spécial où la profession est de celles où la femme s'est engagée à des *prestations personnelles* (20) (par exemple : louage de services, contrat de travail, engagement théâtral), le mari a en outre le droit de résilier l'engagement pris par la femme sans observer aucun délai de dénonciation (§ 1358 BGB. (20<sup>a</sup>), s'il a obtenu l'habilitation du tribunal des tutelles à cet effet (21). Le Vormundschaftsgericht est d'ailleurs obligé d'habiliter le mari si les intérêts communs sont lésés (21<sup>a</sup>).

Des énonciations précédentes il semble bien résulter que le mari allemand pourra difficilement s'opposer d'avance à l'exercice d'une profession par la femme, le § 1358 ne jouant qu'après coup et l'application du § 1354 n'excluant l'abus du droit que lorsque l'exercice de la profession nuit

(19) « Denn das in § 1354 BGB. festgelegte Entscheidungsrecht des Mannes muss als der Ausdruck eines das ganze Familienrecht beherrschenden obersten Grundsatzes der chemännlichen Gewalt angesehen werden, dem sich alle anderen Rechte, die die einzelnen Abschnitte des Familienrechtes der Ehefrau gewähren, zu beugen haben » (WRONKER, thèse citée, p. 29).

(20) Pour l'ensemble des professions rentrant sous ce vocable : cf. LYON-CAEN, thèse, pp. 124 et 125 ; LILIENTHAL, pp. 7 et s. ; il n'est pas nécessaire que l'obligation soit telle que le débiteur soit tenu d'exécuter en personne, il suffit que le tiers compte que la femme mariée exécutera personnellement.

(20<sup>a</sup>) Cf. WOLFF, § 31, VI, 2 b, p. 107 ; LILIENTHAL, p. 6 ; WRONKER, p. 31 ; LYON-CAEN, thèse, pp. 119 et s. ; DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. gle.*, Ann. 39 et s., surtout Ann. 62, 63 ; § 31, Ann. 10, p. 753 ; STRÜBE in *Gruchot* 48, 295 et s. ; OLGE. 33, 338 ; STAUB-BONDI, *Intr. gle.*, Ann. 73 ; STAUDINGER, § 1358.

(21) Cf. *infra*, n° 128 et note 5. L'application du § 1358 présuppose la vie commune « häusliche Gemeinschaft », à moins que la femme n'ait précisément quitté le domicile conjugal pour exercer sa profession. Cf. DJZ. 1925, 195. Cf. *supra*, n° 8.

(21<sup>a</sup>) Cf. STAUB-BONDI, *Intr. gle.*, Ann. 72, p. 26.

aux intérêts communs, ce qui est sans doute difficile à prouver d'avance. C'est donc une fois la profession embrassée par la femme que le mari interviendra pour opposer son veto.

120. Nous nous trouvons précisément dans la même situation en France car lorsqu'il s'agit de l'habilitation de la femme à l'exercice d'une profession ce n'est pas l'autorisation maritale du droit commun qui est exigée (21<sup>b</sup>). Il faut voir là une conséquence du fait qu'il ne s'agit pas d'une incapacité patrimoniale (22).

L'autorisation professionnelle échappe aux conditions habituelles de fond et de forme (art. 217 C. civ.) (23). Ceci ne résulte d'aucun texte général, mais de l'extension à toute profession, que la jurisprudence a faite par analogie, des art. 220 C. civ. et 4 C. comm., articles réglant la situation de la femme commerçante (24). Cette extension a été en quelque sorte commandée par les besoins de la pratique, le recours continuél au mari n'étant pas réalisable (25).

Il ne s'agit plus alors d'une autorisation spéciale mais bien générale (26) (art. 220 C. civ.). L'art. 223 C. civ. n'admet l'autorisation générale que pour l'administration, il ne s'applique pas ici car il ne s'agit pas d'incapacité patrimoniale. Il a été jugé en effet qu'une ouvrière, un professeur, une actrice, exerçant leur profession du consentement du mari, peuvent contracter seules de nouveaux engagements

(21<sup>b</sup>) Cf. ESCARRA, n° 308, p. 311.

(22) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 384, pp. 307 et 308 et n° 385, p. 308.

(23) Le fondement ici est autre, c'est l'incapacité personnelle, cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 456, p. 370. Cf. la controverse sur ce point, *infra*, n° 125.

(24) PL. et RIPERT, t. II, n° 385, p. 308 et t. IX, n° 1326, p. 847.

(25) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 385.

(26) ROUAST in PL. et RIPERT, n° 456, p. 370 ; MARGAT, p. 92 ; ESCARRA, n° 310, p. 312.



lorsque ces derniers ont le même caractère que le premier à l'égard du mari (27). Nous verrons d'ailleurs que si le mari a le droit de révoquer son autorisation, il ne peut le faire partiellement (28), « il ne peut tout en continuant son autorisation générale de poursuivre la profession embrassée, en retirer à sa femme le bénéfice pour telle ou telle application, pour un engagement ou un acte de commerce » (29).

En outre le consentement du mari, exempt des formes prévues à l'art. 217 C. civ. peut être tacite et s'induire des circonstances (30) par exemple du fait que la profession de la femme s'exerce au vu et au su du mari sans opposition de sa part. En effet ce n'est pas l'usage dans la pratique d'exiger par avance d'une femme mariée l'autorisation maritale, exception faite, nous dit M. Margat (31), de l'engagement théâtral. exception à laquelle nous ajouterons celle des cas où la responsabilité pécuniaire de la femme serait gravement engagée (32).

La femme française peut donc embrasser librement telle

(27) Paris, le 4 mars 1903, D. 1903.2.144 ; Req., 11 novembre 1907, D. 1908.1.25, note COLIN, S. 1908.1.225, note CHARMONT. — M. ROUAST (in PL. et RIPERT, t. II, p. 308, note 4) critique les motifs de cet arrêt, qui allègue que l'autorisation de « contracter tout engagement théâtral » n'a pas le « caractère de généralité prohibé par la loi » au lieu d'admettre tout simplement que l'autorisation est générale quand il s'agit de l'exercice d'une profession.

(28) Cf. *infra*, n° 121 *in fine*.

(29) Sote A. COLIN, D. 1908.1.25.

(30) Ceci résulte de l'extension de l'art. 4 du C. de comm. à toute profession. Voir note 27 ci-dessus, Req., 22 juillet 1891, D. 92.1.5, note PLANIOL, S. 93.1.65, note LABBÉ pour une gardienne d'enfants. Cf. PL. et RIPERT, t. II, n° 385, p. 309 et t. IX, n° 1326, p. 847. Jurisp. : Agen, 1856 ; les juges du fond apprécient souverainement les circonstances, et Req. 1875 in LACOUR et BOUTERON, t. III, n° 102 et 103. Cf. ESCARRA, n° 310, p. 312.

(31) P. 93.

(32) Cf. *infra*, n° 142. De même en Allemagne, où les tiers exigent alors la signature du mari, aux fins non d'habilitation mais d'extension de pouvoirs.



profession qui lui convient (33) sans l'intervention du mari, mais celui-ci pourra s'opposer après coup à l'exercice de la profession par la femme exactement comme en Allemagne.

**121. Révocation.** — Le mari français a en effet toujours le droit de révoquer son autorisation, qui a pu être considérée comme tacite tant qu'il n'a pas protesté ; il peut même la révoquer s'il l'a donnée expressément. Mais pour être opposable aux tiers la révocation devra avoir été portée à leur connaissance (art. 2005 C. civ. par analogie) (34), si elle est expresse, mention doit en être faite au registre du commerce (loi du 18 mars 1919 art. 5, 1° en relation avec art. 4, 6°) (34<sup>a</sup>).

« Le mari ne peut abdiquer son contrôle et aura toujours le droit d'intervenir lorsque la liberté laissée à la femme risquera de nuire aux intérêts des enfants ou même aux siens propres » (35).

Certains auteurs ont prétendu que, depuis la loi de 1907 (36), le mari ne pourrait plus révoquer son autorisation si cela avait pour conséquence d'empêcher la femme d'utiliser ses biens réservés.

Ceci nous paraît erroné puisque la loi de 1907 a, comme

(33) Nous réservons la question de l'entrée en société. Cf. *infra*, n° 157 et s.

(34) Pour les formalités de publicité en Allemagne, cf. §§ 1405 et 1435 BGB ; cf. *supra*, n° 32, note 18 ; cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, p. 70, n° 109 et Jurisp., t. III, p. 32, n° 109.

(34<sup>a</sup>) Cf. ESCARRA, n° 313, p. 314.

(35) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 385, p. 309 ; pour le commerce, cf. THALLER, n° 159 ; pour la profession théâtrale, voir Paris, 4 mars 1903 (D. 1903.2.144) et Req., 11 novembre 1907, précités (cf. n° 120, note 27 ci-dessus) ; PL. et RIPERT, t. II, n° 459, p. 373 ; cf. ESCARRA, n° 312, p. 313.

(36) LALOU, n° 42 ; VALÉRY, art. cité, pp. 397 et 398.

(37) Cf. *supra*, n° 118 et notes 7, 8, 9, 10 de ce n°.

dit ci-dessus (37), laissé intacte l'incapacité personnelle de l'épouse.

D'autres auteurs prétendent que, pour révoquer son autorisation, le mari devrait employer la procédure prévue à l'art. 2 de la loi de 1907. Cette opinion nous paraît reposer comme la précédente sur une confusion entre la révocation de l'autorisation et le retrait de pouvoirs (38). Le droit du mari de révoquer son autorisation découle de l'incapacité personnelle de la femme et n'est pas touché par la loi de 1907 (39), mais cette révocation ne peut priver la femme de ses pouvoirs sur les biens réservés (40).

Une révocation partielle ou spéciale serait inopérante ; tout ou rien, dit M. Ambroise Colin, la révocation doit être générale sans quoi ce serait faciliter les fraudes vis-à-vis des tiers et les abus de la puissance maritale (41).

**122.** Si le consentement marital n'est pas indispensable en Allemagne, il n'en reste pas moins qu'il pourra être fort utile de se le procurer d'avance dans certains cas, soit pour étendre les pouvoirs de la femme (§ 1405 BGB.) (42), soit pour prévenir la résiliation sans délai que le § 1358 accorde dans certaines circonstances au mari (42<sup>a</sup>).

(38) Pour cette distinction, cf. *infra*, n° 144 ; cf. PL. et RIPERT et NAST, t. IX, n° 1346, p. 870 ; MARGAT, p. 325 ; GUYOT, p. 247.

(39) Cf. *supra*, n° 118 et note 8 ; BARTIN, § 500 *bis* s/ AUBRY et RAU, texte et note 32 ; MARGAT, pp. 87, 89, 324 et 325 ; GUYOT, p. 247.

(40) VALÉRY, art. cité, p. 89 ; cf. ESCARRA, t. I, n° 320, p. 321.

(41) A. COLIN, note D. 1908.1.25 sous Requête 11 novembre 1907, *aff. Parfouru dit Porel c/ Dame Réju dite Béjane* ; cf. Req., février 1887, D. 1888.1.204 ; *Nouveau Code civil annoté Dalloz*, art. 217, n° 19 et s.

(42) Cf. *infra*, n° 142.

(42<sup>a</sup>) « Dennoch kann die Frau häufig ein erhebliches Interesse daran haben, davor sichergestellt zu sein, dass der Ehemann die Kündigung ausübt, ja vielfach wird für sie überhaupt die Möglichkeit, eine Stellung der in § 1358 bezeichneten Art zu erlangen, von der Zustimmung des Mannes abhängen. Denn die stets drohende Kündigung aus § 1358

Alors qu'en France c'est le même consentement qui sert à la fois aux fins de capacité personnelle et de pouvoirs, il semble bien que les deux consentements prévus par les §§ 1538, 1405, 1452 BGB. aient des caractères différents. Le consentement du § 1358 BGB. règle des rapports personnels entre époux, celui des §§ 1405 et 1452 règle une question de pouvoirs, sans toucher à la capacité patrimoniale qui est toujours entière (43).

Lorsque le mari a consenti à ce que sa femme s'oblige à des prestations personnelles (§ 1358), il ne peut plus faire usage de son droit de résiliation, dès que la femme a commencé à exécuter et tant que dure le lien de droit entre le tiers et elle. Le consentement s'analyse comme une abdication du droit de résiliation par le mari. D'après Lilienthal (44) une conséquence aussi grave ne peut s'obtenir que par un consentement exprès du mari ; d'autant que ce consentement n'est plus révocable (45), contrairement à ce qui se passe en France.

Or cette différence de détail va précisément nous permettre de rejoindre la pratique française. En effet quand le tiers aura un intérêt considérable à ce que l'engagement de la femme ne soit pas résilié sans délai, dans le cas de l'engagement théâtral par exemple, il fera en Allemagne comme en France intervenir le mari d'avance.

Dans ce cas le mari français pourra encore révoquer son autorisation, mais à condition d'aviser le tiers, toute révoca-

wird wohl meist den Dritten davon abhalten, die Frau zu beschäftigen », LILIENTHAL, C 4, p. 37.

(43) Réserve faite naturellement des cas d'interdiction, etc., que nous laissons délibérément de côté. En France, la femme peut avoir, depuis la loi de 1907, une certaine capacité et des pouvoirs sur des biens réservés antérieurement acquis, alors même que le mari lui refuserait l'exercice d'une nouvelle profession, s'il ne peut exercer le retrait de pouvoirs.

(44) C 3, pp. 31 et 32.

(45) A certaines conditions le Tribunal des Tutelles pourra d'ailleurs suppléer à l'autorisation.

tion partielle lui étant impossible (46). Le mari allemand, lui, ne pourra révoquer son consentement ni faire usage du droit de résiliation du § 1358, mais il retombe dans le droit commun du § 1354, c'est-à-dire que son droit de décision pourra toujours intervenir lorsque l'intérêt de la famille est en jeu (47), c'est-à-dire dans les mêmes circonstances qu'en France (48).

123. Nous croyons donc pouvoir conclure ainsi : bien qu'en Allemagne la capacité personnelle de l'épouse soit admise en principe, son exercice est mis en échec dans certains cas par les droits du mari, en particulier lorsqu'il s'agit du choix d'une profession par la femme, tandis qu'en France la loi a été tempérée par la jurisprudence et les mœurs. Si l'on fait abstraction de quelques divergences de détail, la situation de fait paraît être la même en ce qui concerne le contrôle par le mari de la profession exercée par la femme. Si les auteurs s'accordent à préférer la technique allemande (49) soit comme étant l'idéal législatif (50), soit comme étant plus conforme aux faits, les résultats pratiques sensiblement identiques peuvent se résumer ainsi : liberté pour la femme d'embrasser telle profession qui lui plaît sous réserve de l'intervention ultérieure du mari pour la rappeler à son foyer — possibilité pour les tiers de demander d'avance l'autorisation du mari pour donner plus de sécu-

(46) D. 1908.1.25, note COLIN précitée.

(47) Cf. *supra*, n° 119.

(48) Cf. à ce point de vue, les termes employés par M. ROUAST (PL. et RIPERT, t. II, n° 385, p. 309, cité par nous, *supra*, n° 121 et note 35).

(49) Cf. SALEILLES, cité chez MARGAT, p. 98 ; LYON-CAEN, thèse citée pp. 118 et 262 ; MARGAT, pp. 98 et 99. SALEILLES dit que le droit d'opposition du mari n'aboutit pas à rétablir l'ancienne autorisation ; nous croyons avoir montré que les deux choses fonctionnent de façon à peu près semblable dans la pratique.

(50) A. COLIN, note sous Requête 1907, D. 1908.1.25, col. 2.

rité à leurs relations avec la femme — possibilité encore pour le mari de s'opposer à ce que sa femme continue l'exercice d'une profession de nature à compromettre les intérêts du ménage, alors même qu'il aurait donné antérieurement son autorisation expresse.

#### SECTION IV

#### CONTROLE DES TRIBUNAUX

**124.** On pourrait peut-être objecter à la conclusion que nous venons d'énoncer que le droit de veto du mari s'exercerait de façon moins arbitraire en Allemagne du fait que le contrôle des Tribunaux serait plus grand. C'est cette question que nous voulons envisager maintenant en considérant successivement les deux moments auxquels peut se produire l'intervention de la Justice, soit le moment où la femme veut embrasser une profession pour l'y autoriser aux lieu et place du mari, soit, alors que la femme exerce déjà une profession, le moment où son mari veut s'opposer à ce qu'elle persévère dans cette voie. Dans les développements qui vont suivre nous n'envisageons qu'une situation normale, laissant de côté conformément à notre plan les cas où le mari est dans l'impossibilité physique ou juridique de donner son consentement.

#### § 1. — La femme veut embrasser une profession malgré le refus du mari

##### I. — EN ALLEMAGNE

**125.** Dans le cas où la femme veut s'engager à des prestations personnelles (1) le § 1358 BGB prévoit expressément

(1) Cf. *supra*, n° 119.

que le tribunal des Tutelles (*Vormundschaftsgericht*) pourra suppléer à l'autorisation du mari quand le refus de ce dernier constitue un abus du droit (§ 1358 BGB. al. 2). Tandis que, d'après Lilienthal (2) il y aurait seulement abus quand c'est par pur esprit de chicane que le mari refuse son consentement, pour M<sup>lle</sup> Wronker, il y aurait abus chaque fois que les intérêts communs ne sont pas lésés par l'activité professionnelle de la femme (3) et l'abus serait particulièrement criant lorsque le refus du mari empêche la femme d'exécuter son obligation d'entretien envers ses enfants (4). Ces distinctions n'ont pas une importance capitale puisqu'en définitive le tribunal reste seul juge de l'opportunité de son intervention (5) et détermine si les intérêts moraux doivent primer les intérêts pécuniaires.

D'après Wieruszowski (5<sup>a</sup>) le juge n'est pas obligé, en effet, d'intervenir en cas d'abus du droit s'il estime que la paix du ménage est mieux sauvegardée ainsi ; l'exercice d'une profession par la femme, contre le gré du mari, est certes de nature à troubler profondément le ménage et le problème vaut d'être longuement pesé.

Dans le cas général, quand c'est non plus le § 1358 BGB. mais le § 1354 qui s'applique, la femme pourra refuser sim-

(2) P. 41.

(3) Thèse citée p. 37. En ce sens, WOLFF, § 31, VI, 2 b, p. 108, « obwohl eine Gefährdung der ehelichen Interessen nicht zu befürchten ist ».

(4) Se fondant sur des motifs semblables, le Reichsgericht a cassé un arrêt de la Cour de Berlin accordant le divorce au mari (RGZ. 124, 54 à 59) ; il s'agissait de l'entretien d'enfants du premier lit de la femme et celle-ci avait passé outre à l'interdiction du mari, continuant l'exercice de sa profession.

(5) C'est ce qui résulte du mot « kann » (peut) employé au lieu de « hat zu » (doit) qui figure dans la phrase concernant l'habilitation du mari. Dans ce dernier cas le tribunal est obligé d'habiliter le mari quand les intérêts communs sont lésés ; on voit donc à quel point le § 1358 établit la prééminence du mari.

(5<sup>a</sup>) P. 33.



plement d'obéir au mari lorsque sa défense constitue un abus du droit (6), lèse par exemple les intérêts communs ; elle pourrait aussi opposer l'abus du droit comme exception (7) en cas de poursuite judiciaire ou même l'invoquer par voie d'action.

## II. — EN FRANCE

En France, la question de l'intervention du juge est extrêmement controversée, les difficultés variant suivant le fondement assigné à la nécessité de l'autorisation maritale, incapacité personnelle ou patrimoniale (8). Nous étudierons d'abord la doctrine puis la jurisprudence.

1° *Doctrine*. — La plupart des auteurs s'accordent pour refuser à la femme la faculté de se faire autoriser de justice (8<sup>a</sup>). Certains d'entre eux la refusent radicalement, d'autres admettent des solutions transactionnelles.

### A. — Solutions radicales

Les partisans du refus radical invoquent deux sortes d'arguments, arguments de texte ou arguments d'ordre moral.

(6) Cf. WOLFF, § 31, V, p. 106 ; STAUB-BONDI, *Intr. gte*, Ann. 64, p. 23.

(7) Cf. LYON-CAEN, thèse, pp. 102 et 103.

(8) Cf. ESCARRA, pp. 314 et s. et n° 316, p. 317. Nous nous excusons d'étudier ainsi unilatéralement le droit français, mais ce travail préalable nous paraît indispensable pour entreprendre une comparaison que nous voudrions fonder sur des bases solides.

(8<sup>a</sup>) Cf. BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VII, § 472, note 70 et note 31, p. 239 ; LALOU, n° 15, p. 40, notes 1 et 2 ; A. COLIN, D. 1908.1.25 ; J. SOURDOIS in *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 581 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 250, pp. 286 et 288 ; LACOUR et BOUTERON, t. I, pp. 67 et 68, n° 104, avec quelques restrictions qui ne nous intéressent pas ici puisque nous n'envisageons pas le cas du mari hors d'état de donner son consentement. MARGAT, pp. 79 à 85 ; ROUAST, PL. et RIPERT, t. II, n° 386, p. 310 ; PLANIOL, t. I, n° 969.

## a) ARGUMENTS DE TEXTE

Certains des auteurs qui les soutiennent fondent la nécessité de l'autorisation sur l'incapacité, mais pensent qu'on ne peut généraliser les dispositions des art. 219, 221 et 222 C. civ. en les étendant à l'autorisation d'exercer une profession. Selon d'autres lesdits textes ne peuvent s'appliquer qu'à l'autorisation spéciale aux fins de remédier à l'incapacité patrimoniale et non à l'autorisation générale d'exercer une profession qui ressortit à l'incapacité personnelle (9). Le seul texte applicable en la circonstance serait l'art. 4 du Code de commerce qui ne prévoit expressément que le consentement du mari et passé sous silence l'autorisation de justice (10), et il semble bien que ce silence soit voulu du législateur (11). Quelques espèces décident en sens contraire et estiment que l'art. 4 du Code de commerce n'empêche pas les art. 219 et 222 du Code civil de s'appliquer (12).

## b) ARGUMENTS D'ORDRE MORAL

Ce sont ces arguments d'ordre moral que l'on fait valoir le plus souvent. Lorsqu'il est question d'autoriser la femme non plus à passer un acte déterminé mais à embrasser une profession il s'agit là d'une décision plus grave entraînant des conséquences et des risques beaucoup plus considérables (13). « Étant donné que l'autorisation d'exercer une profession doit être rattachée directement à la puissance maritale, comment admettre que les tribunaux puissent suppléer

(9) En ce sens, LACOUR et BOUTERON, t. I, p. 68, note 1.

(10) THALLER et PERCELOU, n° 160, p. 119.

(11) Cf. travaux préparatoires, LOCRÉ, t. XVII, pp. 132 et 152, Cambacérès, séance du 2 janvier 1807.

(12) Selon nous, ces articles ne peuvent s'appliquer, puisqu'ils règlent une question de capacité patrimoniale. Cf. *supra*, n° 126, note 27.

(13) LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 104, p. 68.

au défaut de consentement du mari? » (14). Le mari doit être seul juge des répercussions familiales ou sociales de l'activité professionnelle de la femme ; celle-ci peut en effet être amenée à négliger de ce fait l'accomplissement de ses devoirs conjugaux ou maternels et à compromettre l'honorabilité du nom (15), l'avenir même de ses enfants ; le juge ne doit pas se substituer au mari dans ce domaine moral.

### B. — Solutions transactionnelles

Basées sur des arguments d'ordre pécuniaire, elles sont proposées par des auteurs qui font dépendre du régime matrimonial l'admissibilité de l'autorisation de justice parce que la femme commune en biens autorisée engage le mari et la communauté (art. 5 C. com. et 220 C. civ.).

D'après Boistel (16) si l'on peut discuter de l'admissibilité de l'autorisation de justice sous d'autres régimes, il faut la rejeter absolument quand la femme est commune en biens. La justice ne peut ainsi permettre que la femme engage les biens de la communauté (16<sup>a</sup>) et ceux du mari sans le consentement de ce dernier. Selon la majorité des auteurs cet argument ne porterait pas (17), parce que, même si l'on admet la justice à relever la femme de son incapacité ou personnelle ou patrimoniale, le tribunal ne pourrait en aucun cas étendre les pouvoirs de la femme sur les biens dont le

(14) Argument reproduit in PL. et RIPERT, t. II, n° 386, p. 310.

(15) MARGAT, p. 90 ; THALLER et PERCEROU, n°s 160 et 161, p. 119 ; LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 104 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 250 : En ce sens, Trib. civ. Lyon, 16 janvier 1869, *aff. Laigros*, D. 1869.3.29 ; même Tribunal, 13 mars 1869, *aff. Guetton*, D. 1869.3.30 ; Trib. Seine, 2 mars 1887, S. 87.2.117. Cf. *Nouveau Code de commerce annoté Dalloz*, art. 4, n° 65.

(16) A. BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., 1884, p. 70, n° 95.

(16<sup>a</sup>) Cf. art. 220 C. civ.

(17) *Nouveau Code comm. ann. Dalloz*, art. 5, n°s 88 et 89 ; NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, p. 394, texte et note 2.

mari à l'administration et la jouissance. Il faut généraliser le principe (18) que les actes autorisés de justice ne peuvent rejaillir contre le mari, sous peine de confondre les notions de capacité et de pouvoirs.

M. Thaller (19) est d'avis aussi que la femme commune en biens ne peut être autorisée de justice. Il admet bien le principe ci-dessus énoncé en vertu duquel l'autorisation de justice, ne peut rejaillir contre le mari, mais alors « l'autorisation de justice, à supposer qu'elle pût relever la femme de son incapacité la laisserait sans pouvoirs réels, la femme ne pourrait engager que la nue propriété de ses propres, ce qui est une faculté d'exécution presque illusoire ». Cette doctrine conduit à n'admettre l'autorisation de justice que si la femme a des biens en administration propre. Ce sera le cas de la femme séparée de biens ou de la femme dotale qui a des paraphernaux, mais aussi de la femme commune qui s'est réservé l'administration de ses propres (20).

#### C. — Influence de la loi de 1907

Cette loi a-t-elle modifié du point de vue de l'autorisation de justice la situation antérieure (20<sup>a</sup>).

M. Pichon (21) a prétendu que, depuis cette date, il fallait admettre l'autorisation de justice ; nous ne voyons pas que ladite loi ait changé quoi que ce soit à la situation antérieure en ce domaine des rapports personnels entre époux, tou-

(18) Exprimé seulement dans le cas d'incapacité patrimoniale à l'art. 1426 C. civ. ; la restriction pour la marchande publique ne vise que l'autorisation spéciale. Cf. art. 1409 et 1419 C. civ. ESCARRA, t. I, n° 334, pp. 332 et s. En Allemagne l'autorisation aux fins de pouvoirs ne peut être suppléée de justice. Cf. *infra*, n° 142.

(19) THALLER et PERCEROU, n° 160, p. 169 et n° 161.

(20) THALLER et PERCEROU, n° 161, p. 120, notes 1-2 pour les biens réservés.

(20<sup>a</sup>) Cf. ESCARRA, t. I, n° 321, p. 321.

(21) Cité par MARGAT, p. 84.

tefois elle peut avoir des conséquences intéressantes pour la femme.

M. Ambroise Colin (22) est d'avis que la loi de 1907 pourrait être considérée comme apportant un appui de plus à la thèse d'après laquelle le refus du mari pourrait être suppléé par l'autorisation de justice. « Comment admettre en effet, dit-il, que le mari impuissant à priver la femme d'une fraction quelconque de son salaire, puisse en bloc et arbitrairement lui faire perdre son gagne-pain ? »

M. Margat (23) fait observer que la loi du 13 juillet 1907, aurait une répercussion sur la théorie de M. Thaller et conduirait à admettre l'autorisation de justice toutes les fois où la femme veut faire le commerce avec des biens réservés, c'est bien ce qui est admis dans la nouvelle édition revue par M. Percerou (24).

MM. Lacour et Bouteron remarquent de leur côté que jusqu'en 1907, la femme commune en biens n'avait pas grand intérêt à obtenir l'autorisation de justice parce que malgré sa capacité, elle restait sans pouvoirs et ne pouvait engager que la nue propriété de ses propres (art. 1426 C. civ.).

« Depuis la loi de 1907 toute femme mariée peut, avec les économies réalisées sur les produits de son travail, acheter un fonds de commerce et, si elle est habilitée pour l'exploiter, les biens affectés à cette entreprise comme tous les biens réservés, pourront être saisis des créanciers (art. 3) l'intérêt de la question est donc beaucoup plus considérable aujourd'hui » (25).

(22) Note D. 1908.1.25.

(23) Pp. 84 et 85.

(24) THALLER et PERCEROU, n° 161, p. 120, notes 1-2.

(25) LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 104, p. 68, note 1. *Nouveau Code de comm. ann. Dalloz*, art. 4, n° 64. Pour cette question de pouvoirs, cf. *infra*, n° 141. Les biens réservés doivent supporter le passif professionnel. Cf. ESCARBA, t. I, n° 335, p. 334.

126. 2° *Jurisprudence*. — La jurisprudence tend à admettre l'autorisation de justice, mais il est assez difficile de savoir sur quel terrain elle se place. Comme, en fait, la plupart des décisions accordant ladite autorisation ont été rendues dans des espèces où les époux étaient séparés de biens, on peut se demander si la jurisprudence n'applique pas une théorie transactionnelle analogue à une de celles que nous avons exposées (26) ; nous ne le croyons pas. Il semblerait d'ailleurs que nous n'ayons pas affaire à une unité d'interprétation.

Quelques décisions (27) paraissent admettre qu'il s'agit d'une incapacité patrimoniale entraînant l'application des art. 219 et 222 C. civ., interprétation que nous rejetons. Plusieurs décisions ont été rendues dans le cas d'époux séparés de corps (28) avant 1893 ; la question ne se poserait plus aujourd'hui dans ce cas, car la loi de 1893 n'a pas seulement rendu à la femme sa pleine capacité patrimoniale, mais l'a affranchie dans une certaine mesure de la puissance maritale sur sa personne (29). Par conséquent, la femme séparée de corps a aujourd'hui recouvré sa pleine liberté pour le choix d'une profession. Remarquons qu'en Allemagne on arrive aux mêmes résultats dans l'hypothèse des prestations personnelles de l'épouse, le droit de résiliation du § 1358 BGB. ne trouvant son application qu'en cas de

(26) Cf. MARGAT, p. 82. Rapprocher, à ce point de vue, la théorie que BOISTEL exposait en 1875 (1<sup>re</sup> éd., p. 66, art. 4) de l'arrêt de la Cour de Paris du 24 octobre 1844 (S. 1844.2.581) dans l'affaire *Lavocat*. Voir aussi l'affaire *Balleroy*, *Pand. fr.*, 1894.2.56, où le juge ne s'est placé que sur le terrain pécuniaire, le défendeur n'ayant pas invoqué d'autre argument. Cf. LACOUR et BOUTERON, t. III, p. 32, n<sup>os</sup> 104-105.

(27) Cf. *aff. Dorel*, Cour de Grenoble, 27 janv. 1863, D. 1863.5.38 ; Lyon, 5 mars 1908, D. 1908.5.33, dans un cas où le mari était interné.

(28) *Aff. Dorel*, précitée. *Aff. Crémieux*, Cour de Paris, 3 janvier 1868, D. 1868.2.28.

(29) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n<sup>o</sup> 387, p. 312.



vie commune (30) (*häusliche Gemeinschaft*, § 1358 al. 2 *in fine*). Nous croyons que la jurisprudence part du principe général que la justice peut intervenir dans tous les cas où le refus du mari est injustifié ; plusieurs décisions s'expriment clairement en ce sens dans leurs motifs. La Cour de Paris (31) dans l'affaire Lavocat admet l'autorisation de justice en cas de « refus reposant sur d'injustes motifs » ; la même Cour (32) déclare vingt-quatre ans plus tard à propos de l'affaire Crémieux « qu'il était impossible de reconnaître au mari le droit absolu d'empêcher sa femme d'exercer honnêtement une profession qui serait son unique ressource ». La Cour de Grenoble (33) avait admis quelques années auparavant que la femme peut recourir aux tribunaux « qui la protègent contre un refus intéressé ou capricieux du mari ».

Le principe nous paraît donc admis (34) ; si, en fait, les cas où l'autorisation a été accordée sont des cas de séparation (souvent de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaire) (35), c'est non pas pour des raisons tenant au régime matrimonial, mais plutôt parce qu'un abus de pouvoir de la part du mari est précisément plus à craindre dans les cas de mésentente entre époux.

(30) Cf. RGR., § 1258, ann. 7, p. 65 ; WOLFF, § 31, VI, 2 b, p. 108 ; LYON-CAEN, thèse, p. 123, texte et note 1.

(31) Arrêt du 24 octobre 1844, S. 1844.2.581.

(32) Arrêt du 3 janvier 1868, D. 1868.2.28.

(33) Cour de Grenoble, 27 janvier 1863, *affaire Dorel*, D. 63.5.38.

(34) Cf. cependant *contra* : Trib. civ. de Lyon des 16 janvier et 13 mars 1869, D. 1869.3.pp. 29 et 30. Dans des espèces que nous n'avons pas citées parce qu'elles étaient rendues sur d'autres questions, il est dit que la femme a été autorisée de justice et personne n'a élevé de protestation : *aff. Feilens*, D. 1860.1.87 et *aff. Massieux*, D. 1866.2.224. Cf. *Suppl. Répert. alph. Dalloz v° Commercant*, n° 86.

(35) *Affaire Poyet f. Chaize c/ Taupier et autres*, Trib. de com. de Saint-Etienne, sous Req., 17 janvier 1881 (D. 1881.1.225), qui a décidé comme plusieurs autres espèces que le jugement prononçant la séparation de biens peut autoriser la femme à faire le commerce.

## III. — ETAT COMPARATIF

127. Quant à nous, nous estimons que l'autorisation à profession intéresse au premier chef les rapports personnels entre époux (36), qu'il s'agit là d'une question d'incapacité personnelle, tout à fait indépendante du régime matrimonial et de la masse de biens envisagée. Mais nous ne voyons pas pourquoi cela empêcherait la justice d'intervenir ; nous partageons au contraire pleinement la manière de voir de M. Rouast (37). L'éminent professeur approuvant la jurisprudence dit que la puissance maritale n'est pas un pouvoir arbitraire et discrétionnaire et admet fort bien un contrôle de la justice.

D'après M. Escarra, le fondement de la nécessité du consentement marital est double ; il tient à la fois à l'incapacité (patrimoniale) et à la puissance maritale, mais cet auteur ajoute qu'une fonction même habilitante, « loin de constituer un pouvoir absolu, constitue une prérogative consentie moins dans l'intérêt de celui auquel elle est attribuée qu'en vue du but économique, social et même moral que lui a assigné le législateur » (37<sup>a</sup>).

La protection de la femme contre un refus arbitraire du mari nous paraît conforme à l'esprit de la jurisprudence qui tend à étendre la théorie de l'abus du droit et à l'appliquer à la puissance maritale (38), par exemple lorsqu'il s'agit de

(36) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 384, p. 307.

(37) PL. et RIPERT, t. II, n° 386, p. 311 ; Cf. ESCARRA, t. I, n° 317, p. 318.

(37<sup>a</sup>) ESCARRA, t. I, pp. 314 et s., et n° 217, pp. 318 et 319.

(38) Cour de Paris sous Cass., 8 nov. 1905, S. 1907.1.145. *Aff. Bernis c/ Société Générale*, où il ne s'agit pas d'ailleurs de l'autorisation à profession. Cf. GUYON, thèse citée, pp. 30 et 34.

surveiller la correspondance (39). Nous croyons qu'il faudrait toujours admettre l'intervention de justice quand le refus du mari de donner son consentement est injustifié et prive la femme d'un gagne pain indispensable à son entretien et à celui de sa famille. Il faudrait étendre à tous les cas le tempérament que M. Boistel admettait au refus d'autorisation en cas de séparation et permettre à la justice d'intervenir « si par hasard il y avait un abus manifeste de la puissance maritale, comme si le mari ne pouvant ou ne voulant fournir des aliments à sa femme qui serait dans le besoin, refusait de l'autoriser à faire le commerce... car l'abus d'un pouvoir n'est pas l'exercice d'un droit ». (40).

C'est aussi le désir de M. Margat de voir étendre à tous les cas la jurisprudence admettant l'autorisation de justice (41).

Comme il n'y a pas d'espèces récentes en la matière il est difficile de savoir comment la justice trancherait aujourd'hui le litige, mais il est intéressant de voir que le cas envisagé par les auteurs et par les juges comme devant permettre l'intervention de la justice est précisément le même qu'en Allemagne, à savoir l'abus du droit du mari, particulièrement quand le refus empêche la femme d'exercer une profession indispensable pour subvenir à ses besoins ou à ceux de ses enfants.

Quoi qu'il en soit, au premier point de vue envisagé, celui du consentement préalable à l'exercice d'une profession, la femme allemande est incontestablement mieux placée que la française.

(39) Cf. PL. et RIPERT, t. II, n° 382 *in fine*, p. 306. *Aff. Parent*. Le droit d'investigation du mari ne saurait être illimité. Req., 5 fév. 1900. D. 1901.1.45 ; Req., 6 août 1907, D. 1907.1.512, *aff. van Wtberghe* ; jugé qu'en décachetant certaines lettres de sa femme le mari a fait de son droit un usage abusif.

(40) BOISTEL, titre I, section II, § 1<sup>er</sup> Q., p. 66, éd. de 1875.

(41) MARGAT, pp. 94 et 100.

Tandis que chez nous l'incertitude règne encore sur le principe lui-même de l'intervention de la Justice, la femme allemande a une situation très nette, certaine qu'elle est de pouvoir recourir à la justice en cas d'abus du droit du mari, et il nous paraît souhaitable d'admettre sur ce point les solutions allemandes en France d'autant que doctrine et jurisprudence semblent déjà s'en rapprocher. — Reste à savoir quel usage les juges allemands font, en fait, de leur droit d'intervention. Les intérêts moraux du ménage, la paix du foyer ne pèseront-ils pas souvent, et à juste titre, plus lourd dans la balance que les revendications de la femme ?

La femme et les tiers désireront d'ailleurs rarement s'assurer par avance du consentement du mari, celui-ci s'induisant du fait de l'absence d'opposition. Le cas qui se rencontrera le plus fréquemment dans la pratique est celui où la femme ayant embrassé une profession, le mari veut alors soit révoquer son autorisation, s'il l'a donnée, soit s'opposer à l'exercice de la profession.

**§ 2. — La femme ayant déjà embrassé une profession  
désire passer outre à l'opposition du mari**

**128.** La femme exerce d'ores et déjà une profession mais son mari veut s'opposer à ce qu'elle continue ou il révoque l'autorisation antérieurement accordée.

Le mari allemand qui a conformément aux possibilités du § 1358 BGB. donné son consentement pour que la femme s'engage à des prestations personnelles ne peut plus révoquer cette autorisation (1), même si elle a été suppléée par le Tribunal des tutelles, au moins tant que la femme est engagée dans un lien de droit avec le tiers. Lilienthal réprouve cette restriction apportée aux droits du mari, qui

(1) Cf. *supra*, n° 122 ; cf. WOLFF, § 31, VI, 2 b, p. 108.

se trouvent ainsi paralysés pour permettre à la femme de s'engager avec plus de sécurité envers les tiers (2) ; il estime que si de nouveaux événements s'étaient produits de nature à faire revenir le mari sur son opinion, ce dernier devrait pouvoir résilier. Dans l'état actuel du droit, s'il se présente une semblable circonstance, le mari retombe alors simplement dans le droit commun (3).

Quelle que soit la profession exercée par la femme, le mari peut la rappeler aux devoirs du foyer consacrés par le § 1356 BGB. en vertu de son droit de décision dans le ménage (§ 1354 BGB.) et intenter une action en rétablissement de la vie commune ; mais la femme peut refuser d'obéir aux injonctions de son mari quand ce dernier a abusé de son droit (§ 1354 al. 2). Si le mari va en justice la femme pourra opposer l'abus du droit par voie d'exception, dans le cas contraire elle peut prendre l'initiative de faire reconnaître l'abus du droit par voie d'action (4). Les juges apprécient souverainement.

Dans le cas du § 1358 BGB., celui où le contrôle du Tribunal est le plus actif, si la femme ne s'est pas assuré le consentement de son mari, celui-ci peut invoquer son droit de résiliation, mais a besoin pour cela de l'habilitation du tribunal des tutelles. Le Vormundschaftsgericht est obligé (5) de l'habiliter quand l'exercice d'une profession par la femme nuit aux intérêts communs (5<sup>a</sup>). Au cas où la nécessité d'une activité professionnelle ne s'impose pas à la femme, le juge devra habiliter le mari, si cette profession arrache tant soit peu la femme à ses devoirs d'éducatrice,

(2) P. 31.

(3) WRONKER, p. 28, le § 1354 BGB. domine tout le droit de la famille. Cf. LILIENTHAL, p. 30.

(4) Cf. *supra*, n° 125.

(5) Cf. *supra*, n° 125, note 5 et LILIENTHAL, p. 39.

(5<sup>a</sup>) LILIENTHAL, pp. 23 et s. ; STAUB-BONDI, *Intr. gle*, Ann. 73, p. 26.



à ses devoirs familiaux quels qu'ils soient ; il tiendra même compte éventuellement (6) du désir que le mari peut avoir d'échanger des vues intellectuelles avec sa femme.

En résumé, le mari ne pourra pas s'opposer arbitrairement à ce que la femme poursuive l'exercice de sa profession ; le tribunal des tutelles fera sans doute droit à sa demande seulement si les intérêts communs sont lésés mais non quand les gains ou salaires de la femme sont indispensables à l'entretien du ménage.

La solution en face de laquelle nous nous trouvons en France est voisine ; dans la pratique la question se posera plutôt sous la forme de la révocation de l'autorisation, puisque le mari est considéré comme consentant par le seul fait qu'il ne s'est pas opposé à l'activité professionnelle de sa femme. Or s'il y a controverse en France pour savoir si la femme peut être autorisée de justice dans le cas d'une profession, les auteurs sont presque unanimes (7) à admettre le recours aux tribunaux lorsque le mari veut retirer son autorisation de façon intempestive ; ce serait précisément le cas quand les gains de la femme sont indispensables pour faire vivre le ménage. Pour admettre ici le principe de l'intervention de la justice on invoque l'argument qu'il ne s'agit plus d'apprécier par avance les aptitudes de la femme, mais simplement les résultats d'un commerce ou d'une profession.

Certains auteurs (8) ont prétendu que depuis la loi de 1907 le mari devait pour révoquer son autorisation

(6) Le cas est douteux. Cf. LILIENTHAL, p. 25. Le juge peut-il habiliter le mari à résilier mais en lui imposant un délai ? Cf. LILIENTHAL, p. 26 ; et WRONKER, p. 35, qui envisage le cas des services publics et applique la maxime « Gemeinnutz geht vor Eigennutz », l'intérêt général prime l'intérêt particulier.

(7) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 251, p. 310 ; cf. MARGAT, p. 87 ; LOCRÉ, t. XVII, pp. 155-157 ; cf. ESCARRA, n° 312, p. 313. — *Contra* : THALLER, n° 159 *in fine*.

(8) Cf. VALÉRY, pp. 397 et 398.



employer la procédure prévue à l'article 2 de ladite loi, nous rejetons cette assertion considérant qu'elle repose sur une confusion entre la révocation de l'autorisation et le retrait de pouvoirs (9), si cette solution avait été exacte on aurait pu assimiler complètement la situation des époux français et allemands, tandis qu'en réalité le mari français n'a pas besoin d'être habilité par le tribunal pour révoquer son autorisation ; mais sa révocation abusive tombe sous le contrôle de la Justice qui pourra faire droit aux réclamations de la femme. Cette situation est la même pour la femme allemande qui exerce une profession sans s'être engagée à des prestations personnelles et est alors régie par le droit commun du § 1354 BGB. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que dans un pays comme dans l'autre lorsque la femme exerce une profession sans l'autorisation maritale, ses pouvoirs sont moins étendus que si elle est munie de cette autorisation, à moins qu'elle ne soit séparée de biens ; ceci est vrai aussi pour la femme autorisée de justice (10).

En résumé, en cas d'opposition du mari à l'exercice d'une profession, les femmes allemande et française sont dans une situation analogue avec cette réserve que pour le cas spécial du § 1358 BGB. (prestations personnelles) la justice doit intervenir pour habiliter le mari. Le contrôle du tribunal des tutelles s'exerce donc sans que la femme ait à y recourir et la procédure a des chances d'être plus rapide qu'en France puisqu'il s'agit d'une juridiction spéciale et non du tribunal de droit commun. Nous avons vu déjà que la femme allemande était plus favorisée sous le rapport du contrôle judiciaire au cas où le mari refuse par avance son autorisation (11). Nous serions donc tentée de croire que

(9) Cf. *supra*, n° 121 et *infra*, n° 143.

(10) Cf. *supra*, n° 125, note 17 et *infra*, n° 141.

(11) Cf. *supra*, n° 127 *in fine*.

la femme allemande est en réalité mieux protégée par les tribunaux, si nous ne nous demandions quelle portée peuvent avoir les décisions judiciaires ; c'est ce dernier point que nous voulons examiner maintenant.

Nous croyons que la femme n'aura pas ordinairement recours aux tribunaux. Que va-t-il se passer, en effet, si la femme, sans se préoccuper de faire valoir ses droits en justice, sans se soucier d'une décision rendue contre elle, se contente tout simplement de passer outre aux injonctions du mari et continue à exercer sa profession ? Quelles armes possède alors le mari pour faire prévaloir son opinion ? Ce problème se ramène à celui des sanctions (12).

### § 3. — Sanctions auxquelles conduit l'intervention de la Justice

129. En France avant 1907 les actes de la femme non autorisée étaient nuls, maintenant il n'en est plus toujours ainsi puisque, si lesdits actes ne peuvent s'exécuter sur les propres de la femme ou sur les biens communs, ils peuvent toujours s'exécuter sur les biens réservés (13). M. Margat (14) soutient cette opinion en se basant sur l'article 1, al. 4 de la loi du 13 juillet 1907 qui subordonne la validité des actes accomplis par la femme à la seule justification par acte de notoriété que la femme exerce personnellement une profession distincte ; les tiers n'ont pas à se préoccuper de savoir si la femme est autorisée « car pour se garer contre l'éventualité d'une nullité, ils exigeraient l'autorisation

(12) LACOUR et BOUTERON, p. 70, n° 110 ; MARGAT, pp. 103 et s.

(13) Cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 104, p. 68, note 1 ; cf. ESCARRA, n° 324, p. 323 et n° 345, p. 342. Il faut réserver bien entendu la question des actes illicites et de l'enrichissement sans cause qui ont des répercussions sur le patrimoine de la femme en l'absence de toute autorisation. Cf. ESCARRA, t. I, n° 346.

(14) MARGAT, p. 104.

et compromettraient l'avenir de la réforme ». « Si la femme a suffisamment de biens réservés pour inspirer confiance aux tiers, nous dit encore M. Margat, elle pourra faire le commerce malgré le refus ou le retrait d'autorisation du mari » (15). Il est vrai que les actes de la femme ne peuvent s'exécuter sur les biens réservés qu'autant que le mari n'a pas fait usage de son droit de retrait, droit auquel il peut seulement recourir lorsque la femme a abusé de ses pouvoirs (art. 2 de la loi de 1907).

La femme peut engager sans autorisation les biens réservés acquis antérieurement (16) ; mais, si elle n'en a pas et qu'elle exerce sa profession sans autorisation, ses actes sont nuls d'une nullité relative et ses biens ne deviennent pas réservés. La femme allemande n'est pas soumise à la nécessité du consentement marital pour acquérir des biens réservés, mais il est bien évident que si elle veut embrasser une profession où sa responsabilité pécuniaire entre en jeu il faudra qu'elle ait, comme la femme française, des biens réservés acquis antérieurement pour que le tiers veuille traiter avec elle sans le consentement marital (17).

Si donc la femme gère sagement ses biens réservés en France, le mari ne pourra lui retirer ses pouvoirs et elle se trouvera dans le même cas que la femme allemande (18) ; pour faire prévaloir son opinion et exiger de sa femme qu'elle quitte sa profession, le mari français ne pourra invoquer que l'obéissance prévue à l'article 213 Code civ. et le mari allemand a comme seule arme l'action en rétablissement de la vie conjugale « Klage auf Herstellung des eheli-

(15) MARGAT, p. 104.

(16) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1350 *in fine*, p. 874.

(17) Le crédit dont la femme jouit dépend en effet de ses pouvoirs. Cf. *infra*, n°s 141 et 142.

(18) MARGAT, pp. 105 et s., « on rejoint le droit allemand ».

chen Lebens » (19). Or il est spécifié que dans ce cas il n'y a pas d'exécution forcée (§ 888 ZPO.) (20) ; que le mari ait invoqué le § 1354 ou le § 1358, il reste absolument sans défense contre la femme (21) et souvent contre le tiers. Le mari français est-il mieux placé ? Si la profession que la femme exerce l'attire hors du foyer le mari peut recourir à la force publique, mais ce recours n'est depuis fort longtemps plus dans les mœurs (22), on ne se représente pas bien de nos jours l'épouse regagnant le domicile conjugal entre deux gendarmes. On penche plutôt pour des procédés de contrainte indirecte (23) tels que l'astreinte dont la légitimité est d'ailleurs fort contestée lorsqu'il s'agit d'un dommage moral. Ces mesures ne sont pas admises en Allemagne. Il ne semblerait pas non plus que le recours contre le tiers y soit possible tandis que la justice française a condamné un directeur de théâtre qui avait engagé une femme, malgré le refus exprès du mari, à payer des dommages-intérêts à ce dernier pour avoir méconnu son autorité (24).

Quoi qu'il en soit nous croyons que les usages ici encore vont se rejoindre en France et en Allemagne et que la véritable ressource à laquelle songera le mari dont la femme exerce une profession contre son gré sera la demande en divorce fondée sur l'injure grave. La femme française s'est en effet rendue coupable de cette injure en opposant une

(19) Cf. LYON-CAEN, thèse, pp. 127 et 96 ; STAUB-BONDI, *Intr. gle*, Ann. 64, p. 23 et Ann. 74, p. 27.

(20) Cf. WOLFF, § 31, VII, 5 ; WRONKER, p. 30 ; LYON-CAEN, thèse, pp. 96, 97 note 1 et p. 127 ; DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. gle*, Ann. 37 ; RGZ. 59, 32 ; RG. in *JW*, 1902, 315<sup>ss</sup> ; cf. *supra*, n° 8.

(21) WRONKER, pp. 33, 30 et 31.

(22) Cf. MARGAT, p. 106, qui parle de mouvement d'opinion, de décadence de l'autorité maritale.

(23) Cf. MARGAT, p. 106 (saisie ou séquestre des revenus de la femme, refus de lui payer pension).

(24) *Aff. Gandrey c/ Le Docte*, Seine, 17 juillet 1901 et s/ appel, Cour de Paris, 4 mars 1903, D. 1903.2.144.

résistance opiniâtre aux ordres de son mari et la femme allemande en refusant le rétablissement de la vie conjugale ce qui autorise l'application du § 1568 BGB. (25) en vertu du § 1567 n° 1.

Les époux recourent dans nos deux pays plus facilement qu'autrefois au divorce mais c'est semble-t-il surtout dans les cas où la rupture est imminente, si elle n'est pas déjà consommée, qu'ils s'adressent aux tribunaux, préférant régler entre eux leurs différends, si la situation permet d'espérer une entente (26).

**130.** Si donc nous voulons donner un bref aperçu des conditions auxquelles la femme mariée peut tant en France qu'en Allemagne soit acquérir des biens réservés soit exercer une profession, nous pouvons dire que dans les grandes lignes la situation de fait est sensiblement la même dans les deux pays.

Pour acquérir des biens réservés légaux la femme doit exercer un travail lucratif indépendant du mari. Elle est soumise pour le choix d'une profession au contrôle du mari. Bien que ce soit pour des raisons différentes, le consentement du mari joue un rôle aussi important en Allemagne qu'en France dans un grand nombre de cas. Il en est ainsi lorsque la femme a besoin de crédit, ou encore lorsque le tiers veut se mettre à l'abri d'une résiliation immédiate, toujours possible en cas de prestations personnelles si la femme

(25) Les auteurs allemands disent que c'est dans ce seul cas, c'est-à-dire en vue du divorce, que les époux font usage de cette action en Herstellung des ehelichen Lebens. Cf. WOLFF, § 31, VII 4 et § 34 III ; MARGAT, p. 107.

(26) Ceci explique sans doute pourquoi nous n'avons pas trouvé d'épouse récente touchant la question de l'autorisation de justice pour l'exercice d'une profession par la femme en France.

est d'accord avec le mari. Le droit de veto du mari est soumis théoriquement au contrôle des tribunaux dans certaines circonstances, mais les époux n'ont recours à ce moyen que lorsque toute entente leur paraît impossible et pour demander le divorce.

---



## CHAPITRE III

### COMPOSITION DU PATRIMOINE RÉSERVÉ

---

**131.** Le patrimoine réservé forme dans nos deux pays une masse indépendante échappant aux règles ordinaires du régime, soumise à une sorte de séparation de biens partielle, au moins pendant la durée de l'union (1). Ce patrimoine indépendant comporte des éléments actifs et des éléments passifs.

#### SECTION I

##### ELEMENTS ACTIFS

**132.** Nous avons vu déjà (2) que, tandis qu'en Allemagne le patrimoine réservé peut comprendre des libéralités provenant de tiers ou certains biens à raison des conventions matrimoniales, en France il n'existe que des biens réservés légaux (3). Le patrimoine réservé de la femme allemande peut donc être beaucoup plus étendu que celui de la femme française ; nous laisserons de côté les biens réservés con-

(1) En France, en effet, les biens réservés font partie de la masse commune à la dissolution du régime de communauté.

(2) Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 102 à 107.

(3) Cf. NAST in PL. et RIEPERT, t. IX, n<sup>o</sup> 1330, p. 852 ; n<sup>o</sup> 1216, p. 835 et n<sup>o</sup> 1321, p. 844.

ventionnels, pour ne faire porter notre étude comparative que sur les biens réservés légaux.

Ces derniers sont eux-mêmes un peu plus étendus en Allemagne car ils comprennent les instruments du travail et les choses destinées à l'usage personnel de la femme (§ 1366 BGB.) (4) ; il ne s'agit là d'ailleurs que d'objets mobiliers de peu d'importance.

Dans nos deux pays les biens réservés légaux comprennent les produits du travail de la femme ; il faut entendre cette expression dans un sens large et y faire rentrer non seulement les produits du travail proprement dits, mais encore les accessoires, ainsi que les économies et les biens acquis en remplacement.

#### a) PRODUITS DU TRAVAIL ET ACCESSOIRES

**133.** Les produits du travail deviennent biens réservés, quelle que soit leur forme. Le titre de la loi du 13 juillet 1907, portant le mot salaire, on pourrait croire qu'il faut entendre par là strictement les salaires de l'ouvrière et de l'employée ou de la femme fonctionnaire (5). En réalité il faut étendre de même qu'en Allemagne le bénéfice des dispositions législatives aux feux ou cachets de l'actrice, aux honoraires de la femme professeur, médecin ou avocat (6), aux bénéfices commerciaux (7), aux droits de propriété lit-

(4) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, note 1, p. 852. La notion la plus large est celle du droit suisse qui range en outre parmi les biens réservés légaux les biens affectés par la femme à sa profession (CCS., art. 191, n° 2).

(5) Pour ces dernières, en Allemagne, cf. WRONKER, p. 4 ; WOLFF, § 46, I, 1 b, p. 179.

(6) Depuis l'année 1936 les femmes allemandes ne sont plus admises au barreau ni à la magistrature (décision du ministre de la Justice, en date du 10 janvier 1936, *Inf. Soc. B. I. T.*, t. 58, p. 404).

(7) Voir la controverse, à ce sujet, *infra*, n° 163 ; All. : WRONKER, p. 7 et note 10.

téraire et artistique (7<sup>a</sup>) ainsi qu'aux inventions scientifiques et industrielles, en un mot à tout ce qui est dû à l'activité indépendante de la femme (8).

Nous rappelons que les gains ou salaires ne peuvent faire partie des biens réservés que lorsque l'activité professionnelle de la femme s'est exercée depuis le mariage ; les produits d'un travail antérieur suivent les règles ordinaires du régime (9), sauf s'il s'agit en Allemagne des instruments de travail (§ 1366 BGB.) ; c'est le moment où s'est exercée l'activité de la femme et non celui de la perception qui détermine l'antériorité au mariage (10). Les conventions contraires sont possibles aux époux allemands qui peuvent décider que les produits d'un travail accompli par la femme avant le mariage seront réservés, ils ne le peuvent que par contrat de mariage, mais à tout moment, en raison de l'absence d'immutabilité des conventions matrimoniales. Rien de tel pour les époux français, la femme pourrait seulement se réserver l'administration desdits biens ou choisir comme régime la séparation de biens, mais la convention ne peut créer des biens réservés (11).

Il faut ranger aussi parmi les produits du travail les accessoires de salaire tels que gratifications, pourboires (12), commissions, indemnités de résidence, de déplacement, de vie chère et les revenus des biens réservés (par exemple les termes afférents au loyer d'un immeuble réservé donné à

(7<sup>a</sup>) Cf. également la controverse, en France, *supra*, n° 118, note 11 ; All. : WRONKER, pp. 6 et 7 ; WOLFF, cité à la note 5.

(8) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1332, p. 855 ; pour les fonds de commerce, cf. *infra*, n° 164 et s.

(9) Cf. *supra*, n° 109 ; France : NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1331, pp. 852 et s. ; Allem. : WRONKER, p. 3. Nous avons vu que pour les libéralités la règle est différente. Cf. *supra*, n° 104.

(10) LALOU, n° 31 ; Pierre MORIN, p. 197.

(11) Cf. *supra*, n° 102.

(12) WOLFF, § 46, I, 1 b, p. 179 ; WRONKER, p. 4.

bail) en vertu de la règle : *accessorium sequitur principale* (12<sup>a</sup>).

#### b) INDEMNITÉS

134. Les produits du travail comprennent encore les biens acquis par la femme comme conséquence indirecte de son travail, par exemple à titre de compensation pour une cessation temporaire ou définitive de son activité professionnelle (13), parce que « la rente versée dans ces hypothèses a le caractère d'un substitut de salaire » (14) et qu'elle est dans une dépendance étroite avec les longues années de labeur (15). C'est le cas des rentes et indemnités pour accidents du travail (16), des versements d'assurances sociales (17) ainsi que des indemnités dues en vertu de l'article 1382 C. civ. ou des §§ 823 et 843 BGB., pour réparer le préjudice causé à la femme victime d'un accident ayant entraîné la diminution de sa capacité de travail (18).

Si la femme exerce en Allemagne une profession lucrative indépendante, « *selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes* », l'indemnité devient Vorbehaltsgut : la femme a un droit direct à cette indemnité à cause de la diminution

(12<sup>a</sup>) GUYOT, thèse, p. 46.

(13) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1332, p. 854 ; BARTIN s/ AUBRY et RAU, 500 bis, p. 452, texte et note 8.

(14) ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 354 *in fine*, p. 278.

(15) WRONKER, p. 3 ; GUYOT, thèse, p. 46, explique ceci par la subrogation.

(16) *Aff. Dame Clément*, Trib. Seine, 26 mars 1908, D. 1909.2.17, note LALOU ; BARTIN, *loc. cit.* ; LALOU, n° 27 ; GUYOT, pp. 100 et s. ; PL. et RIPERT, t. II, n° 354-2°. — Cependant, BOUCHER, p. 92.

(17) Quand la cause est intervenue pendant le mariage, thèse WRONKER, p. 3.

(18) *Aff. Errecalde c/ Chem. de fer du Midi*, Trib. comm. de la Seine, 21 mars 1922, D. 1922.2.149 ; BARTIN (§ 500 bis, note 9) qui assimile les deux cas : loi de 1898 et art. 1382 ; *Contra* : LALOU, n° 27 ; NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, note 2, p. 264 et t. IX, n° 1332, p. 854.

de sa capacité de travail « *wegen Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit* » (19), le mari ne peut alors faire valoir en justice les droits de sa femme (20).

Que se passe-t-il si la femme ne fait qu'aider son mari dans son travail ? Il faut alors distinguer selon qu'elle dépasse ou non l'aide prévue au § 1356 BGB. et selon qu'elle touche ou non une rémunération. Quand la femme aide son mari au-delà des obligations légales, la rémunération qu'elle reçoit est *Vorbehaltsgut*, l'indemnité pour accident tombe alors elle-même en vertu du § 1370 BGB. dans les biens réservés et seule la femme peut faire valoir son droit en justice (§ 1365 BGB.) à moins qu'elle ne l'ait cédé à son mari (21). Quand, vivant sous le régime légal, la femme fournit au mari seulement l'aide prévue au § 1356 BGB., c'est lui qui encaisse les produits de l'activité de sa femme (22) ; c'est, en règle générale, lui qui est lésé par la diminution ou suppression de ces gains, c'est lui donc qui a un droit direct à la rente (*Geldrente*) et peut la réclamer en justice (23), cette indemnité ne peut lui être due qu'en vertu du § 845 BGB. et non des lois spéciales concernant les accidents d'autos, d'avions ou de chemins de fer (24).

(19) RGR. § 1356, note 7, p. 62 ; Arrêts du 19 mai 1930 (RGZ. 129, 58) et du 28 nov. 1932 (RGZ. 139, 289).

(20) Cf. RGZ. 85, 81 ; 129, 58.

(21) Cf. note MÜLLER sous RG., arrêt du 28 nov. 1932, précité in *JW.* 1933, p. 834<sup>s</sup> ; cf. arrêt du 8 oct. 1906, *aff. Grosse Berliner Strassenbahn v. St. Ehefr.*

(22) MOT., IV, 174 s. ; RGZ. 64, 323 et 129, 58 précités ; cf. *supra*, n° 116.

(23) Cf. HÖRLE, p. 128 ; MÜLLER, note précitée, col. 1 ; RGR. § 1356, Ann. 7, p. 62 ; STAUDINGER, § 1356, Ann. 9 ; cf. RGZ. 63, 195 et les arrêts du 15 avril 1912 (RGZ. 79, 231), du 28 nov. 1932 précité et du 26 août 1935 dans l'*aff. Deutsche Reichsbahngesellschaft v. H. u. Gen.* (RGZ. 148, 303). En cas de contrat de location, cf. RGZ. 77, 99 et 90, 65

(24) Cf. LOEWENWARTER, p. 173 ; RGZ. 73, 311 ; Arrêts précités des 19 mai 1930 (RGZ. 129, 55) et 28 nov. 1932 (RGZ. 139, 290). Le cas

Il faut cependant considérer que l'indemnité n'a pas un caractère uniforme, les aspects du dommage étant eux-mêmes multiples, même dans le cas prévu ci-dessus la femme a un droit direct à des dommages-intérêts qui seront biens d'apports (*Eingebrachtes Gut*), par exemple le *pretium doloris* (*Schmerzensgeld*) (25), le remboursement des frais médicaux (26), etc...

En cas de communauté quand l'aide de la femme est conforme au § 1356 c'est la masse commune et la femme qui sont lésées du fait de l'accident survenu à la femme, les deux époux deviennent donc créanciers solidaires de l'auteur du dommage (27).

La femme commune en biens dans le cas où elle n'exerce pas de profession distincte est soumise en France au régime suivant : d'après la Cour de Cassation l'indemnité pour accident causé à l'un des époux est un propre (28), parce qu'elle « représente la réparation de l'atteinte portée à la personne »

n'est pas prévu par le KFG. du 3 mai 1909, ni pour les avions (1922) et d'après le RHftpfG. de 1871, la responsabilité est limitée au dommage patrimonial subi par le blessé lui-même, R. G. Warn. 1933, n° 22. Voir au contraire, § 2, al. 1, n° 3 du *Krankenversicherungsgesetz* du 10 avril 1892 ; cf. STAUDINGER, § 1356, note 11.

(25) En ce sens, RGZ. 90, 68 et 139, 292. Cf. LEHMANN, *Familienrecht*, § 15-1 d, p. 89. *Contra* : WOLFF, § 46, I, 3, p. 184 et note 35 ; MITTEIS in *Reichsgerichtspraxis*, t. III, p. 212, qui parle de *Persönlichkeitsgüter* et dont les idées pourraient être rapprochées de celles de LÉON BÉRAUD, thèse, pp. 142 et 181.

(26) Consulter, sur ce point, RGR. § 1356, Ann. 7 et les arrêts RGZ. 129, 57 ; 132, 223 ; 138, 2 et 139, 292 ainsi que 47, 91. Voir aussi l'arrêt du 28 mai 1914 (RGZ. 85, 81) et RGZ. 125, 293 et 148, 303 ; RG. Warn. 1913, n° 22. Pour le cas de faute commune du tiers et du mari, cf. note MÜLLER in *JW.* 1933, p. 834<sup>8</sup> et RGZ. 135, 291 et 139, 291.

(27) Cf. RGR. § 1356, Ann. 7, p. 72 et § 1443, Ann. 5 ; RGZ. 73, 310, 129, 58 ; *JW.* 1911, 510<sup>17</sup> et 1914, 46<sup>14</sup>. Cf. l'arrêt du 30 mai 1919 intervenu à propos d'une Allemande ayant eu un accident à l'exposition de Gand en 1913 (RGZ. 96, 96).

(28) NAST in *PL.* et RIPERT, t. VIII, p. 265 ; Comm. d'acquêts, Req.,



et est la « compensation de l'amointrissement de la capacité de travail » (29) ; elle répare un préjudice exclusivement personnel (30). D'après M. Nast (30<sup>a</sup>) la communauté n'étant pas une personne morale ne peut subir un préjudice, ce ne peut être que le conjoint de la victime qui est lésé et a de ce fait une action personnelle. Ce serait surtout vrai quand l'accident été mortel ou « quand l'époux victime n'exerce aucune profession » (31). D'après M. Demogue (32), il faudrait rechercher qui de la victime ou de la communauté a subi le préjudice et faire une ventilation à la dissolution. Naturellement même quand l'indemnité est un propre, les arrérages de la rente tombent en communauté (art. 1401, 2° C. civ). Comme conséquence du caractère propre de l'indemnité, M. Nast (33) préfère refuser au mari le droit d'agir seul en justice.

Si nous considérons que la femme est mariée ordinairement sous le régime de communauté en France et sous le régime légal en Allemagne nous constatons que le jeu des régimes va favoriser la femme française en matière d'indemnités pour accident, si elle n'exerce pas une industrie distincte de celle du mari. Alors que l'indemnité accordée à

23 févr. 1897 ; D. 1898.1.125, note CAPITANT ; S. 1900.1.521, note LACOSTE.

Comm. Légale : Poitiers, 19 janv. 1920 et s/ pourvoi Req., 13 avril 1921, D. 1922.1.5, note CAPITANT, S. 1922.1.257, note DEMOGUE.

*Contra* : voir auteurs cités in PL. et RIPERT, t. VIII, n° 215, note 4, p. 264. Certains ne considèrent comme propres que les indemnités en matière d'accidents du travail dues pour incapacité permanente ; cf. note RIPERT, D. 1911.2.225.

(29) Req., 13 avr. 1921, arrêt précité.

(30) En ce sens, Léon BÉRAUD, thèse, p. 140.

(30<sup>a</sup>) In PL. et RIPERT, t. VIII, n° 216, p. 266.

(31) PL. et RIPERT, *loc. cit.*, note 2, p. 266.

(32) Notes S. 1909.2.112 et S. 1922.1.257 ; cf. PL. et RIPERT, *loc. cit.*, note 3, p. 265.

(33) PL. et RIPERT, t. VIII, n° 626, p. 703.

la femme française lui appartiendra à titre de propre, une grande partie des dommages-intérêts dus pour accident survenu à la femme allemande appartiendra au mari, quand elle aidait ce dernier de façon conforme aux usages ; mais même sous le régime de la communauté la femme allemande est désavantagée puisque l'indemnité au lieu de devenir propre tombe dans la masse commune (*Gesamtgut*).

Pour le cas nous intéressant surtout ici, celui de la femme exerçant une profession distincte de celle du mari, la situation est identique en France et en Allemagne, les indemnités dues pour accident appartiennent aux biens réservés parce qu'elles remplacent le salaire.

Font encore partie des biens réservés les indemnités pour rupture de contrat de travail (34), les indemnités de chômage, les arrérages de pensions de retraite dues par l'employeur (35). D'après M. Nast la pension serait en totalité bien réservé même si le travail de la femme avait commencé avant le mariage parce que cette pension a pour but de remplacer les salaires à l'avenir (36).

### c) ÉCONOMIES ET ACQUÊTS

**135.** Les économies que la femme peut faire sur son salaire ou ses gains sont également des biens réservés (art. 1<sup>er</sup> al. 1 de la loi du 13 juillet 1907) ainsi que les biens acquis avec ces économies, en vertu de la subrogation réelle (art. 1<sup>er</sup> al. 3 loi 1907, § 1370 BGB.) (36<sup>a</sup>). En France la femme

(34) BARTIN, pp. 452 et 453 ; cependant LALOU, n° 27 ; cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1332, p. 854.

(35) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1232, note 1, p. 855 ; LALOU, n° 31 ; WRONKER, p. 4 ; cf. GUYOT, p. 100.

(36) Cf. PL. et RIPERT, t. IX, p. 855, note 1 ; ROUAST in t. II, n° 354-2°, p. 277 et notes 3 et 4 : En ce sens, BARTIN s/ AUBRY et RAU, t. VII, § 470, note 6 ; *Contra* : LALOU, p. 196, n° 84.

(36<sup>a</sup>) Thèse GUYOT, p. 99.

n'est pas obligée à cette fin de faire la double déclaration prévue à l'art. 1434 C. civ., mais elle fera bien d'indiquer l'origine des deniers pour éviter les difficultés de preuve. La notion de subrogation réelle nous paraît plus large en Allemagne, il n'est pas nécessaire en effet que les acquisitions nouvelles soient payées avec des biens réservés, il suffit que l'opération ait un rapport avec le Vorbehaltsgut et que la femme ait l'intention d'acquérir pour cette masse réservée. Il est inutile d'ailleurs qu'elle déclare son intention au co-contractant lors de la conclusion de l'acte (37).

M. Nast (38) considère que c'est la véritable innovation de la loi du 13 juillet 1907 d'avoir fait rentrer dans les biens réservés les économies de la femme, car jusque là, nous dit-il, les femmes touchaient leur salaire et le dépensaient à leur guise, ce qu'il fallait éviter c'est que le mari puisse gaspiller les économies de sa femme.

## SECTION II

### ÉLÉMENTS PASSIFS

136. L'idée maîtresse en France est que les biens réservés doivent être en principe affectés aux charges du ménage (39), ils constituent un « fonds matrimonial avec affectation domestique » (40). En Allemagne rien de tel, il n'existe aucune idée d'affectation des biens réservés aux charges du mariage ; on pourrait plutôt dire à l'inverse que le Vorbe-

(37) LEHMANN, *Familierecht*, § 15 1 c γ, p. 89 ; cf. GUYOT, thèse, p. 47 ; LYON-CAEN, thèse, p. 213.

(38) PL. et RIPERT, t. IX, n° 1334, p. 858 ; cf. BUFNOIR in *Bull. Sté législ. comp.*, 1896, p. 179.

(39) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1335, p. 858 ; n° 1310, p. 831 et n° 1337, p. 859.

(40) Cf. SALEILLES, cité par NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1311, p. 832, note 1.

haltsgut est affecté aux besoins personnels de la femme tandis que ses biens d'apport (Eingebrachtes Gut) sont des biens matrimoniaux dont les revenus sont précisément affectés aux charges du mariage à l'instar des biens dotaux avec cette différence qu'ils ne sont pas inaliénables. Toutefois si les revenus de l'Eingebrachtes Gut sont insuffisants, la femme est obligée de contribuer auxdites charges sur son Vorbehaltsgut (§ 1427 BGB. auquel renvoie le § 1371 BGB.) mais ceci ne se rapporte qu'au problème de la contribution, c'est-à-dire aux rapports entre les époux.

Les biens réservés répondent en France tantôt des dettes de la femme tantôt des dettes engagées dans l'intérêt du ménage par le mari ; nous allons voir ce qu'il en est en Allemagne, mais les principes que nous venons d'énoncer nous permettent déjà de découvrir la solution.

#### a) DETTES DE LA FEMME

Malgré le principe de l'affectation aux intérêts du ménage, les biens réservés ne sont pas comme les biens dotaux frappés d'indisponibilité, ils sont parfaitement saisissables et répondent même de tout le passif de la femme, qu'il s'agisse de dépenses ménagères, de dettes antérieures au mariage ou afférentes à des successions ou même de dettes contractées sans autorisation au cours du mariage (41). M. Nast fait remarquer combien ce principe permet à la femme d'avoir un grand crédit en l'absence de toute autorisation du mari, dès qu'elle est en présence d'un patrimoine réservé important.

De même en Allemagne les biens réservés répondent de tout le passif de la femme qu'il s'agisse de *Vollschulden* (dettes qui grèvent tous ses biens) ou de *Vorbehaltsschulden*

(41) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1335, p. 858 ; ESCARRA, t. I, n° 329, p. 328.

(dettes qui grèvent uniquement les biens réservés) (42). Les Vollsschulden ce sont les dettes antérieures au mariage, celles qui résultent d'un fait juridique intervenu au cours du mariage ou d'actes juridiques passés pendant la même période avec le consentement marital quand il est indispensable. Les Vorbehaltsschulden ce sont les dettes résultant de contrats passés pendant la durée de l'union sans le consentement marital alors qu'il était indispensable (§§ 1412 et 1399 BGB.), les dettes afférentes à des successions qui échoient au Vorbehaltsgut (§ 1413), les dettes nées du chef de droits relatifs au Vorbehaltsgut. Ces dernières dettes ne sont Vollsschulden, dans le cas où la femme exerce une industrie indépendante, que lorsque le mari a consenti (§ 1414 BGB.).

#### b) DETTES DU MARI

En principe les biens réservés ne répondent pas en France des dettes du mari (43) ; une exception importante est faite cependant lorsque ce dernier a contracté dans l'intérêt du ménage (44). Les créanciers du mari peuvent dans ce cas saisir lesdits biens « alors que d'après le régime adopté (les biens réservés) auraient dû antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari », art. 3 al. 2 loi de 1907. C'est certainement le cas sous le régime de communauté mais non sous la séparation de biens (45).

En Allemagne le Vorbehaltsgut ne répond jamais des dettes du mari (46) ; si la femme est, comme nous l'avons

(42) Sur ce point, consulter WOLFF, § 56, pp. 217 et s.

(43) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1336, p. 859, note 1 même page.

(44) Sur l'interprétation des termes « dans l'intérêt du ménage », cf. PL. et RIPERT, t. IX, n° 1337, p. 860.

(45) Cf. PL. et RIPERT, t. IX, n°s 1366 et 1367 ; pour les autres régimes, cf. n°s 1379 et 1380.

(46) Cf. WOLFF, § 55, II, p. 216. D'ailleurs il n'y a que les revenus des biens d'apports qui en répondent, l'opinion populaire est souvent

déjà vu, obligée de contribuer sur ses biens réservés aux charges du mariage en cas d'insuffisance des revenus des apports, cette disposition n'intéresse que les rapports entre époux et non le droit de poursuite des créanciers. La créance du mari est incessible et les créanciers du mari, même lorsqu'ils ont contracté dans l'intérêt du ménage ne peuvent la saisir ; ils n'ont donc même pas un droit indirect sur le Vorbehaltsgut de la femme (47).

Les différences du droit allemand et du droit français sous ce rapport tiennent au fait que le législateur de 1907 a voulu favoriser les créanciers qui ont contracté dans l'intérêt du ménage pour protéger la famille en augmentant en quelque sorte son crédit ; les biens réservés de la femme allemande ont été créés au contraire uniquement pour soustraire une partie de son patrimoine à l'administration et la jouissance du mari et lui procurer par là une certaine indépendance.

erronée sur ce point en Allemagne où l'on a tendance à croire dans certains milieux que les apports répondent sur leur substance des dettes du mari. Cf. WOLFF, p. 55, II, 2 et note 6.

(47) WOLFF, § 46, II, p. 185.



## CHAPITRE IV

### CAPACITÉ DE LA FEMME QUI EXERCE UNE PROFESSION

---

**137.** Nous avons dit déjà qu'il nous paraît essentiel de distinguer les notions de capacité et de pouvoirs. Cette distinction n'est pas nouvelle d'ailleurs ; on la rencontre à propos du mandataire qui à titre personnel est capable mais n'a de pouvoirs que dans les limites reconnues par le mandant. Mais on considère souvent que la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits (1), tandis que le pouvoir serait l'aptitude à exercer les « droits d'une autre personne et à agir pour son compte ». (2). Nous croyons qu'il faut élargir cette notion de pouvoir et l'étendre aux actes que l'on fait en son nom propre sur des biens personnels mais soumis à certains droits d'un tiers ; aussi adoptons-nous volontiers pour la femme qui exerce une profession la distinction du Professeur Margat (3). La capacité proprement dite « c'est l'aptitude de la femme commerçante à faire des actes juridiques valables » sans s'occuper « des biens sur lesquels ces actes sont exécutoires, ce qui soulève une question de pouvoirs, toutes les fois que le mari puise dans le contrat de

(1) Nous parlons évidemment de la capacité d'exercice et non de celle de jouissance.

(2) Cf. CAPITANT in *Vocabulaire Juridique*, p. 381.

(3) MARGAT, p. 284 ; cf. ESCARRA, n° 322, p. 321.

mariage des droits plus ou moins étendus sur le patrimoine de sa femme ». MM. Thaller et Percerou (4). distinguent également entre la capacité « aptitude aux actes divers du commerce » et les pouvoirs qui visent « le droit d'obliger tous les biens du ménage ».

Cette distinction est tout à fait familière au droit allemand (4<sup>a</sup>) qui, depuis le BGB., reconnaît l'entière capacité (*Geschäftsfähigkeit*) à la femme mariée, mais lui refuse sous le régime légal le pouvoir de disposer (*Verfügungsbefugnis*) des apports (5) ; « Die Frau bleibt geschäftsfähig... Aber in der Verfügungsmacht über ihr eingebrachtes Gut erleidet sie erhebliche Beschränkungen » (6).

A l'expression allemande « pouvoir de disposer » nous préférons l'expression plus générale de pouvoir, puisque en réalité tant que durent l'administration et la jouissance du mari, la femme n'a aucun pouvoir sur l'Eingebrachtes Gut (7).

Si cette distinction entre capacité et pouvoir est courante en droit allemand, elle est plus étrangère à notre droit ; en ce qui concerne la femme mariée, les Français, peut-être dans un esprit plus réaliste, avaient privé la femme de toute capacité là où elle ne pouvait avoir de pouvoirs, estimant qu'une capacité impossible à exercer serait vide de sens.

Et pourtant, s'il nous est permis de faire une comparaison un peu vulgaire, qui ne voit la différence entre avoir la capacité de conduire une automobile et le pouvoir de le

(4) T. I, n° 158, p. 117.

(4<sup>a</sup>) Bien que la terminologie soit parfois différente.

(5) Cf. LYON-CAEN, *thèse*, p. 190 ; WOLFF, § 45, IV, p. 177 et § 53, I, p. 206 ; LEHMANN, p. 111 ; cf. *supra*, n° 10.

(6) MITTEIS, *Familienrecht*, § 22, II, p. 51.

(7) Il ne se trouve engagé en dehors du consentement marital que par des faits juridiques et non par des actes juridiques de la femme, sauf les exceptions prévues aux §§ 1401, 1402, 1406 et 1407 BGB.

faire (8) ? Si un individu a l'aptitude voulue pour diriger une voiture, il nous paraît normal de lui délivrer un permis de conduire. Cette question est indépendante de celle de savoir s'il pourra exercer ses talents ou s'il en sera empêché parce qu'il n'a pas d'automobile ou parce que sa voiture est sous séquestre.

Nous estimons donc qu'il est naturel d'accorder la capacité à la femme qui exerce une profession, parce qu'elle a les aptitudes subjectives personnelles à conclure les actes intéressant sa profession, sans régler en même temps la question de ses pouvoirs objectifs, qui peuvent être paralysés par un obstacle extérieur, en l'espèce les droits que le régime reconnaît au mari sur certains des biens de l'épouse.

La distinction sur laquelle nous insistons nous paraît nécessaire en France depuis la loi du 13 juillet 1907, mais elle deviendrait indispensable si la première partie du projet René Renoult adoptée actuellement par le Sénat était votée par la Chambre des Députés. La femme mariée française serait alors comme l'Allemande pourvue de la pleine capacité avec des pouvoirs dépendant du régime matrimonial adopté.

Nous disions que cette distinction nous paraît nécessaire depuis la loi de 1907 et cependant elle n'est pas faite par la loi elle-même qui semble mêler intimement capacité et pouvoirs, les faisant apparaître et disparaître simultanément ; cette confusion rend plus délicate la tâche du comparatiste. Mais les auteurs français qui admettent la distinction que nous préconisons sont précisément les commentateurs de la loi de 1907. Thaller avait fait observer (9)

(8) Les mots ne sont évidemment pas pris ici dans leur sens juridique.

(9) Cf. THALLER et PERCEROU, t. I, n° 160, p. 119, en ne tenant pas compte de la loi de 1907 ; sur ce point, voir mêmes auteurs, p. 120, notes 1 et 2.

que l'autorisation de justice, « à supposer qu'elle pût relever la femme (commerçante) de son incapacité, la laisserait sans pouvoirs réels » puisqu'elle ne pourrait engager que la nue propriété de ses propres. Cette remarque fait bien apparaître la différence entre les deux notions en même temps que la mentalité ancienne des juristes français ; Thaller concluait en effet qu'il fallait dans ce cas refuser l'autorisation de justice à la femme, parce qu'elle n'aurait rien pu faire de sa capacité ; le crédit lui aurait manqué à cause d'une faculté d'exécution presque illusoire ; cette situation se trouve changée depuis la loi de 1907.

La distinction entre capacité et pouvoirs est faite dans les traités modernes, particulièrement dans celui de M. Escarra (9<sup>a</sup>).

Après ce préambule, nous en venons au but de ce chapitre, qui est l'étude comparée de l'aptitude de la femme à faire des actes juridiques valables quand elle exerce une profession en France ou en Allemagne.

**138.** La femme mariée qui exerce une profession jouit en Allemagne comme toute autre femme de sa pleine capacité patrimoniale ; la femme française se trouve à ce point de vue dans une situation à peu près semblable, car elle jouit d'une capacité presque absolue (10).

La loi de 1907, paraissant cependant confondre, comme nous l'avons déjà dit, les notions de capacité et de pouvoirs, ne semble accorder cette capacité exceptionnelle à la

(9<sup>a</sup>) ESCARRA, t. I, n<sup>os</sup> 322 et s., pp. 321 et s. ; et dans la plupart des *Traité de droit commercial* ; JOSSERAND, t. I, n<sup>o</sup> 604, pp. 331 et 332 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n<sup>o</sup> 1315 et n<sup>os</sup> 1339 et s., pp. 862 et s. ; Thèse Jules WEIL, p. 69. Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 10 et 11. Cf. SALEILLES in *Bull. Sté Et. législ.*, 1907, p. 566.

(10) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 863, n<sup>o</sup> 1340 ; réserve faite naturellement de l'incapacité *propter aetatem* ; cf. MARGAT, p. 136.

femme que pour les actes intéressant les biens réservés ; nous préférierions dire que la femme a une capacité à peu près totale (11), mais que ses actes ne peuvent s'exécuter que sur les biens réservés (12) ; ceci est conforme aux faits, puisque tous les créanciers de la femme peuvent saisir les biens réservés, alors même que la créance est sans rapport avec la profession. La situation de la femme allemande est d'ailleurs la même ; elle ne peut exercer librement sa capacité qu'à l'égard des biens réservés (13).

Contrairement à ce que peut laisser supposer la formule employée dans l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 de la loi de 1907, on ne saurait assimiler complètement les droits de la femme séparée de biens et ceux de la femme mariée exerçant une profession ; cette dernière a une capacité beaucoup plus étendue. Elle est investie comme la femme allemande (14) du droit de gérer librement son patrimoine réservé. Elles ont toutes deux l'administration et la jouissance de cette masse, dont elles peuvent même disposer à leur gré ; toutefois la femme française ne peut aliéner ses biens réservés à titre gratuit, restriction inconnue du droit allemand. Le mari n'a aucun droit sur les biens réservés et ne peut s'immiscer dans leur gestion.

Revenons avec quelques détails sur ces divers points.

(11) Puisqu'elle ne peut, comme nous le verrons plus loin, donner à titre gratuit.

(12) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1335, p. 859.

(13) Elle ne peut ni aliéner les biens d'apport (§ 1395 BGB.) ni les engager par ses contrats, ni ester en justice à leur égard (comme demanderesse). Cf. LEHMANN, p. 110. « Völlig frei steht sie also nur hinsichtlich des Vorbehaltsgutes ».

(14) MITTEIS in *Kohlrausch*, p. 44 ; LYON-CAEN, *thèse*, p. 204 ; WOLFF, § 46, p. 178 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 653 ; NAST in PL. et RIPERT, t. IX, p. 862, n° 1239 ; ESCARRA, t. I, n° 328, p. 327.

### A. — Administration, jouissance et placements

Contrairement à ce qui se passe pour les biens d'apport sous le régime légal, la femme allemande a la pleine administration et jouissance de son *Vorbehaltsgut* (15). De même la femme française peut administrer ses biens réservés, en toucher les revenus (16). Elle peut les constituer en bien de famille insaisissable (loi du 12 juillet 1909, art. 3) ; elle peut retirer des fonds de la caisse d'épargne, si elle prouve qu'il s'agit de biens réservés (17) ; elle peut acquérir des valeurs mobilières ou immobilières (art. 1 al. 2) (17<sup>a</sup>).

### B. — Aliénations à titre onéreux et constitution de droits réels

Ces opérations sont admises dans les deux pays, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles (17<sup>b</sup>). La femme peut aussi hypothéquer ses biens réservés. M. Dépinay (18) avait soutenu le contraire pour la femme française, mais la loi du 8 juin 1923 est venue mettre fin à la controverse, l'alinéa qu'elle ajoute à l'art. 1<sup>er</sup> de la loi de 1907 autorise en effet la femme à emprunter sur ses biens réservés et à les hypothéquer.

### C. — Contrats

En France et en Allemagne les femmes mariées ont la capacité de passer des contrats ; mais ceux-ci ne seront exécutoires que sur les biens réservés, quand le reste de leur

(15) Cf. note 14 ci-dessus.

(16) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1341-3° et 1344.

(17) Trib. civ. de Toulouse, 19 déc. 1912, D. 1915.2.44 ; GUYOT, p. 263 ; cf. DÉPINAY, art. cité, pp. 104 et 105.

(17<sup>a</sup>) ESCARRA, t. I, n° 328, p. 327.

(17<sup>b</sup>) Cf. ESCARRA, t. I, n° 328, p. 327.

(18) Art. cité p. 169. *Contra* : BARTIN s/ AUBRY et RAU, § 500 bis, texte et note 14, et LALOU, n° 41. Cf. GUYOT, pp. 112 et s.



patrimoine est soumis à des droits du mari, à moins que le mari ne consente à l'exercice de la profession (19).

Pour les contrats par lesquels elle engage ses services nous avons vu qu'en Allemagne comme en France la femme est soumise au contrôle du mari (20). La femme française peut aussi, malgré une opinion qui tendrait à rétablir l'incapacité velléienne (21), cautionner son mari (22), ce qui est tout-à-fait possible en Allemagne aussi (23).

Il est un contrat que la femme française ne peut faire sans autorisation spéciale du mari, c'est celui d'une constitution de société avec des tiers ; pour la femme allemande l'autorisation du mari n'est pas exigée par la loi, mais elle le sera très probablement par les tiers aux fins de crédit (24).

#### D. — Actions en Justice

La loi du 13 juillet 1907 en son article 6 dispose que « la femme pourra ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi » (25). Elle peut donc faire tous les actes qui se rapportent à ses biens réservés, que ces actes soient judiciaires ou extra-judiciaires : peu importe d'ailleurs qu'elle soit demanderesse ou défenderesse. Il en est de même pour la femme allemande (26) ; la jurisprudence a

(19) Cf. *infra*, n° 142.

(20) Cf. *supra*, n°s 118 et 119.

(21) Rapport de M. VIOLETTE du 28 juin 1907, *J. O.* Chambre, Doc. parl. 1907, annexe n° 1128, pp. 960 et s., D. 1907.4.150. Cf. ESCARRA, t. I, n° 323, p. 322.

(22) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1341, p. 866 et note 6 ; ROUAST in t. II, p. 350, note 1 ; GUYOT, pp. 110 et s. ; Trib. civ. Seine, 22 février 1912, D. 1913.2.17, note LALOU.

(23) LYON-CAEN, thèse, pp. 135 et 136.

(24) Sur cette question de société, cf. *infra*, n°s 157 et 160.

(25) Cf. Trib. civ. de Bordeaux, 9 nov. 1908, D. 1909.5.18.

(26) Pour les procès relatifs à l'Eingebrachtes, cf. STAUB, pp. 20 et s., Ann. 50.

appliqué ces principes dans diverses espèces reconnaissant à la femme le droit d'agir en paiement d'une indemnité pour accident, quand elle exerce une profession distincte bien entendu (27), et le droit d'accepter une prorogation de juridiction (28).

On a voulu refuser à la femme le droit d'ester en justice pour ses actes professionnels en invoquant l'art. 215 du C. civ. qui frappe même la femme commerçante de cette interdiction quand elle n'est pas munie d'une autorisation spéciale du mari. Le problème de l'ajustement des deux textes (art. 6 de la loi de 1907 et art. 215 du C. civ.) nous paraît particulièrement délicat pour la femme commerçante (29), parce qu'elle travaille souvent avec d'autres capitaux que les biens réservés ; nous adoptons en principe pour les professions non commerciales qui n'exigent pas de mise de fonds la thèse d'après laquelle les actes de la profession intéressent les biens réservés (30).

#### E. — Aliénations à titre gratuit

Elles sont possibles à la femme allemande tandis qu'elles sont en principe interdites à la femme française avec toutefois quelques exceptions.

Ces exceptions concernent d'abord les actes de dernière volonté par lesquels la femme peut disposer des biens réservés ; mais le sort de ces actes dépendra des circonstances et sera différent suivant que les héritiers seront ou

(27) Cf. RGR. § 1356, note 7 ; RGZ. 85, 81 et 129, 58 ; Trib. civ. de la Seine, 26 mars 1908, D. 1909.2.17, note LALOU. Cependant, Paris, 5 février 1923, S. 1923.2.103. Cf. SACHET, *Accidents du travail*, I, n° 1163 bis ; Trib. comm. Seine, 21 mars 1922, D. 1922.2.149, note LALOU.

(28) Trib. Seine, 11 mai 1920, D. 1921.2.25.

(29) Sur ce point, cf. *infra*, n° 155.

(30) En ce sens, NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1342, p. 868 ; cf. GUYOT, *thèse*, p. 114.

non en ligne directe et accepteront ou non la communauté, si c'est sous ce régime que la femme est mariée (31). Parmi les exceptions figurent aussi les donations entre vifs de peu d'importance telles que les présents d'usage (32). Une loi spéciale du 19 mars accorde dans un cas particulier à la femme la pleine capacité de donner ; cette loi a ajouté à l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 13 juillet 1907 un quatrième alinéa ainsi conçu : « la femme qui n'a pas d'enfants ni de descendants et qui est âgée de plus de quarante-cinq ans pourra, sans l'autorisation de son mari, disposer des biens par elle acquis, en faveur des œuvres d'assistance publique ou privée et des œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité et la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre » (32<sup>a</sup>).

On peut regretter avec MM. Nast (33) et Rouast (34) que la femme ne puisse disposer des biens réservés pour l'établissement de ses enfants, ce qui aurait été conforme à l'esprit de la loi et ce qui est incontestablement permis à la femme allemande.

**139.** Si nous voulons tirer une conclusion de cette énumération, nous constatons que la capacité de la femme exerçant une profession distincte en France est presque aussi absolue que celle de la femme allemande ; le seul point sur lequel la femme française soit désavantagée a trait à l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de disposer de ses biens réservés à titre gratuit, lorsqu'il s'agit d'une libéralité importante ; cette incapacité est ignorée de la femme allemande. Il faut voir toujours comme cause de la différence de nos deux législations le principe d'affectation des

(31) PL. et RIPERT, t. II, n° 432, p. 350 et t. IX, n° 1343, p. 868.

(32) MORIN, thèse, p. 257 ; LALOU, n° 44.

(32<sup>a</sup>) Cf. ESCARRA, n° 324, p. 323 et n° 328, p. 327.

(33) PL. et RIPERT, t. IX, n° 1343, p. 868.

(34) PL. et RIPERT, t. II, n° 432, p. 350.

biens réservés aux charges du ménage, principe étranger au droit allemand (35).

En outre, le bénéfice de la loi de 1907 n'étant accordé qu'à la femme qui exerce une profession du consentement du mari, si celui-ci vient à révoquer son autorisation, la femme perd la possibilité d'acquérir de nouveaux biens réservés ; mais si elle en possède déjà, le mari ne peut lui ravir sa capacité qu'en exerçant le retrait de pouvoirs prévu à la loi de 1907. Selon nous d'ailleurs il faudrait envisager plutôt que la femme conserve sa capacité mais ne peut plus l'exercer parce qu'elle est privée de tout pouvoir.

---

(35) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. IX, note 4, p. 868.

## CHAPITRE V

### POUVOIRS DE LA FEMME QUI EXERCE UNE PROFESSION

---

**140.** Nous entendons par pouvoir de la femme son aptitude à engager par ses actes les divers biens du ménage. Cette aptitude varie suivant que l'épouse exerce sa profession avec ou sans le consentement du mari et varie aussi avec les divers régimes matrimoniaux (1) : Nous nous placerons ici au point de vue seulement du régime légal en Allemagne et de la communauté en France, puisque ce sont les régimes les plus courants.

#### A. — Absence de consentement du mari

**141.** La femme allemande ne peut engager dans ce cas que son *Vorbehaltsgut*. En effet, un des principes du régime légal est que la femme ne peut disposer (*verfügen*) des biens d'apports qu'avec le consentement du mari (§ 1395 BGB.), les sanctions différant d'ailleurs selon qu'il s'agit d'actes unilatéraux ou de contrats (§ 1396 et 1398 BGB.). La loi prévoit également que les actes conclus par la femme sans autorisation ne peuvent s'exécuter sur l'*Eingebrachtes Gut* (§ 1414 BGB.).

(1) Cf. ESCARRA, n° 327, p. 326.

Certains auteurs français tendent à croire que, si une femme ayant déjà acquis des biens réservés venait à exercer une nouvelle profession sans autorisation de son mari, les actes passés par elle seraient exécutoires sur les biens réservés antérieurement acquis (1<sup>a</sup>), puisque la loi de 1907 subordonne la validité des actes de la femme à la seule justification qu'elle exerce une profession distincte ; nous croyons en effet qu'il en est ainsi tant que le mari n'a pas exercé le retrait de pouvoirs.

Donc, quand la femme exerce une profession sans le consentement de son mari, elle ne peut engager que ses biens réservés, qu'il s'agisse d'une Allemande ou d'une Française ; mais la masse sur laquelle les actes seront exécutoires pourra s'augmenter en Allemagne de nouveaux biens réservés, ce qui est impossible en France.

#### B. — Consentement du mari

142. La femme allemande qui exerce sa profession du consentement du mari (§ 1405 BGB.), consentement qui peut d'ailleurs comme en France être tacite et s'induire des circonstances (2), a des pouvoirs beaucoup plus étendus que celle qui n'a pas obtenu l'accord marital. Elle peut en effet engager non seulement ses biens réservés mais aussi ses biens d'apport (§ 1414 BGB. in fine) ; les dettes résultant d'actes conclus dans ces conditions sont des *Vollschulden* (3). Ce consentement aux fins de pouvoirs ne peut être

(1<sup>a</sup>) Cf. VALÉRY, p. 396 ; LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 109, p. 70 et note 2 ; GUYOT, p. 247. *Contra* : ESCARRA, n° 345, p. 342.

(2) Cf. STAUB-BONDI, *Intr. gle*, Ann. 59. Cf. GLITSCH in EHRENBURG, § 14-2 a, p. 171. Ce consentement ne peut être suppléé de justice même en cas d'impossibilité du mari de donner son accord. Cf. DÜRINGER-HACHENBURG, Ann. 72.

(3) Cf. *supra*, n° 136 et WOLFF, § 56, III, 2, p. 218 et § 54, III, 3, p. 215.



suppléé par la justice ; la solution est donc à cet égard la même qu'en France.

On voit donc, comme nous l'avons déjà indiqué, que les tiers auront grand intérêt à s'assurer du consentement du mari et que la femme allemande n'a des chances d'obtenir du crédit précisément qu'avec l'autorisation matrimoniale (4). Ceci la place pratiquement dans la même situation que la femme française, bien que théoriquement sa dépendance soit économique et non juridique.

La femme française commune en biens et exerçant une profession du consentement du mari a, du fait du régime, des pouvoirs beaucoup plus étendus que la femme allemande mariée sous le régime légal ; elle engage en effet non seulement son patrimoine propre mais encore les biens de la communauté et ceux du mari (5) (art. 220, 1419 et 1426, C. civ.).

Quand elle « exerce un commerce ou une industrie avec l'autorisation du mari, ses pouvoirs sont absolument généraux : pour tout ce qui concerne sa profession, elle peut faire n'importe quels actes, même des actes d'aliénation, sur les biens communs que le mari a mis à sa disposition » (6).

Certains auteurs ont prétendu que depuis la loi de 1907 les dettes professionnelles de la femme ne grèvent plus les biens communs, parce qu'il faudrait une autorisation spéciale du mari à cet effet (7). Nous rejetons cette opinion

(4) En effet seule une minorité de femmes possède un Vorbehaltsgut important, malgré l'existence de biens réservés conventionnels, car, depuis la fameuse inflation de 1923 et les événements qui ont suivi, les grosses fortunes se sont raréfiées en Allemagne.

(5) Ceci s'entend seulement par rapport aux actes professionnels.

(6) NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, n° 562, pp. 627 et 628 ; également n° 355, p. 394. Cf. ESCARRA, t. I, n° 330, p. 329.

(7) LALOU, n° 72 ; GUYOT, p. 243 ; VALÉRY, p. 398 ; ESCARRA, t. I, n° 336 et 337, pp. 334 et s.

pour adopter celle de M. Nast (8), d'après laquelle la question de l'obligation aux dettes n'a pas été touchée par la loi de 1907.

On a discuté pour savoir à quel titre le mari se trouve ainsi engagé par les actes de la femme. Certains voient là une exception à la règle « qui auctor est non se obligat » et pensent que le mari s'engage par son autorisation (8<sup>a</sup>).

Nous préférons adopter la solution de M. Nast ; d'après lui, le mari déléguerait en quelque sorte à la femme ses pouvoirs sur les biens communs et l'on se trouverait depuis 1907 en face d'une véritable séparation de pouvoirs (9). Dans cette théorie, les biens du mari se trouvent seulement engagés par suite de la confusion de fait entre les biens communs et les biens du mari (9<sup>a</sup>).

Selon le même auteur, le Code civil (art. 1419) a entendu fournir à la femme un moyen de crédit identique à celui qu'il met à la disposition du mari et particulièrement utile quand elle fait le commerce. La communauté est un patrimoine de garantie à la disposition des deux époux (9<sup>b</sup>).

### C. — Retrait de pouvoirs

**143.** Le mari peut, en Allemagne comme en France, diminuer les pouvoirs de la femme en révoquant son auto-

(8) PL. et RIPERT, t. IX, n° 1367, p. 893 ; cf. aussi n° 1374 ; cf. THALLER et PERCEROU, n° 172 *bis*.

(8<sup>a</sup>) Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, n°s 362 et 364 ; cf. ESCARRA, t. I, n°s 330 et 331, pp. 329 et 330 ; Thèse A. BASSET, n° 38, p. 56 ; CAPITANT, note D. 1903.1.401 ; Civ., 27 juin 1922, D. 1922.1.200.

(9) In PL. et RIPERT, t. IX, n° 1364, p. 889 et t. VIII, n° 365. Cf. ESCARRA, t. I, n° 332 pp. 330 et 331 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 261 ; Thèse BASSET, n° 38, p. 56.

(9<sup>a</sup>) Majorité des auteurs et Cours d'appel. Cf. NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, note 1, p. 402 et n°s 365 (dette *propter rem*) et 366.

(9<sup>b</sup>) NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, n° 362, p. 398.

risation ou en s'opposant à l'exercice de la profession (10) ; mais le mari français a une arme plus puissante ; il peut encore, en exerçant le retrait de pouvoirs prévu à l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1907, réduire à néant les pouvoirs de la femme (10<sup>a</sup>).

Lorsque le mari révoque son consentement, la femme retombe dans le cas étudié plus haut (11) ; elle ne peut plus engager par ses actes ses biens d'apport mais seulement ses biens réservés. De même la révocation du consentement marital empêche la femme française d'engager les biens de la communauté et ceux du mari ; elle ne peut plus engager que ses biens réservés. Mais le mari français peut en outre, contrôlé par la justice, la priver de tout pouvoir sur ces derniers biens. Le retrait prévu à l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1907 ne peut s'exercer qu'« en cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés... notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion ». Ce retrait total ou partiel ne peut résulter que d'une décision judiciaire.

Cette faculté de retrait de pouvoirs n'existe pas pour le mari allemand et l'on a critiqué (12) la solution française ; elle ne s'explique que par l'idée d'affectation des biens réservés aux charges du ménage (13).

Le retrait doit, pour être opposable aux tiers, recevoir une certaine publicité (loi du 8 juin 1923) (13<sup>a</sup>).

En Allemagne, le mari ne pourrait faire porter atteinte

(10) GLITSCH in EHEBERG, § 14-2 a  $\beta$  et  $\gamma$ , pp. 172 et 173 ; MARGAT, p. 189.

(10<sup>a</sup>) MARGAT, pp. 322 et s.

(11) Cf. *supra*, n° 141.

(12) LALOU, n° 59.

(12<sup>a</sup>) NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1346.

(13<sup>a</sup>) Le jugement prononçant le retrait doit être transcrit par extrait, en marge de l'acte de mariage. Cf. ESCARRA, t. I, n° 313, p. 314. Cf. MARGAT, p. 326.

aux droits de la femme sur son Vorbehaltsgut que dans un cas exceptionnel ; il faudrait que d'une part les revenus de ses biens d'apport soient insuffisants pour contribuer aux charges du ménage et qu'elle dissipe d'autre part ses biens réservés dans des conditions telles que la famille se trouve en danger d'être dans le besoin (§ 6 BGB. 2) ; le mari pourrait alors demander l'interdiction de sa femme.

**144.** Nous avons dit déjà qu'il ne faut pas confondre la révocation de l'autorisation et le retrait de pouvoirs. D'après M. Nast (14), la femme se trouve, après le retrait, placée dans la même situation qu'avant la loi de 1907 (15) ; cette mesure ne la prive pas à elle seule de la capacité d'exercer sa profession et de faire librement les actes qui rentrent dans cet exercice (art. 220 C. civ.). Le retrait laisse par exemple subsister la qualité de commerçante. Il « peut avoir pour conséquence de rendre en fait impossible à la femme l'exercice du commerce pour l'avenir » (15<sup>a</sup>) en la privant de ses pouvoirs.

**145.** En cas d'urgence, le mari français a un autre droit à sa disposition ; il peut se faire autoriser par une ordonnance de référé à s'opposer aux actes que la femme a l'intention de passer (16) ; mais cette opposition ne peut intervenir à l'encontre des actes professionnels ; à leur égard il faut que le mari révoque son autorisation à l'exercice de la profession (17).

**146.** Si nous voulons nous faire une idée sur l'ensemble de la question professionnelle, en tenant compte, non pas seulement des constructions juridiques, mais surtout des

(14) PL. et RIPERT, t. IX, n° 1348, p. 872.

(15) Cf. MARGAT, p. 325.

(15<sup>a</sup>) Cf. ESCARRA, t. I, n° 312, p. 314.

(16) PL. et RIPERT, t. II, n° 434.

(17) PL. et RIPERT, t. IX, n° 1349, p. 873.

exigences de la pratique, nous arrivons à cette conclusion que la femme allemande et la femme française se trouvent très sensiblement dans la même situation au point de vue de l'exercice d'une profession. Pratiquement la femme choisit librement sa profession sans opposition du mari et ne recourt guère à la justice que dans le cas ultime du divorce. Dans bien des professions, la question primordiale pour la femme est d'avoir du crédit ; elle ne l'obtiendra que si elle travaille du consentement du mari. A ce point de vue le mari français a plus de droits que le mari allemand, car il peut demander à la justice le retrait des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés ; mais nous croyons savoir que, depuis 30 ans que la loi de 1907 existe, aucun mari n'a fait usage de son droit.

Si donc les textes législatifs paraissent, aux yeux de certains, faire du mari français un véritable tyran, les mœurs ont tempéré cette rigidité législative et la femme française nous paraît jouir dans les faits d'une indépendance égale à celle de la femme allemande, en ce qui concerne l'exercice d'une profession. Notre étude de détail confirme ainsi pleinement l'opinion que nous exprimions précédemment (18).

---

(18) Cf. *supra*, n° 34.

## TITRE II

### LA FEMME COMMERÇANTE

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### PARTICULARITES DE LA SITUATION DE LA FEMME COMMERÇANTE ET CONDITIONS AUXQUELLES S'ACQUIERT CETTE QUALITÉ

---

147. On pourrait se demander pourquoi, ayant étudié le statut légal de la femme exerçant une profession, nous nous arrêtons maintenant à la femme commerçante, qui ne constitue qu'un cas particulier de l'hypothèse précédente.

Cette étude séparée se justifiait autrefois, alors que la femme commerçante était la première à avoir gagné sa liberté, que ce soit en Allemagne avant le BGB. (1) ou en France avant 1907 ; mais en est-il de même aujourd'hui ?

Si, négligeant les autres professions, nous réservons ce chapitre à la femme commerçante, c'est que des questions spéciales se posent encore à son sujet :

1° Les dispositions de droit commun relatives à la femme

(1) Cf. LYON-CAEN, thèse, p. 259.



exerçant une profession sont-elles conciliables avec le statut antérieur de la femme commerçante ?

2° A quelles conditions une femme mariée acquiert-elle la qualité de commerçante ?

3° Quelle est la capacité de la femme commerçante ?

4° Quelle est la nature juridique des revenus de la femme commerçante et quelle est celle de son fonds de commerce ?

5° Quels sont enfin les droits de la femme sur le fonds ?

## SECTION I

### LE STATUT DE LA FEMME EXERÇANT UNE PROFESSION EST-IL CONCILIABLE AVEC LE STATUT ANTÉRIEUR DE LA FEMME COMMERÇANTE ?

148. Une controverse règne à ce sujet en droit français (1<sup>a</sup>) ; on s'est demandé si la loi de 1907 devait s'appliquer aux femmes commerçantes. La plupart des auteurs (2) penchent pour l'affirmative ; c'est aussi la solution que nous adoptons.

Les difficultés naissent particulièrement de deux points : d'une part, la capacité de la loi de 1907 est plus étendue que celle de la femme commerçante, d'autre part, dans le cas le plus fréquent, la femme investit dans son commerce des fonds qui, ou ne lui appartiennent pas, ou sont soumis à certains droits du mari.

En Allemagne, les difficultés ne se présentent pas pour

(1<sup>a</sup>) Cf. MARGAT, pp. 25 et s. Cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 102, p. 81 ; d'après eux il faut combiner les dispositions des lois de 1907 et de 1923 avec celles du C. civ. et du Code de comm. Cf. VALÉRY, art. cité, p. 396 ; BERNARD et BONNECASE, pp. 5 et s.

(2) BERNARD et BONNECASE, art. cité, pp. 5 et s. Cf. ESCARRA, t. I, p. 307, n° 302.

la capacité ; mais l'emploi par la femme de biens d'apport dans son commerce crée des situations assez complexes.

Nous reviendrons sur ces divers points dans les sections suivantes.

## SECTION II

### A QUELLES CONDITIONS UNE FEMME MARIEE ACQUIERT-ELLE LA QUALITÉ DE COMMERÇANTE ?

149. Les définitions du commerçant sont voisines en France et en Allemagne. Il y a un type de « commerçant » comme il y a un « homo economicus » (2<sup>a</sup>). Sont commerçants en France : « ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle » (art. 1, C. Com.) (2<sup>b</sup>). Die Frau, dit-on en Allemagne « *die gewerbmässig Handelsgeschäfte treibt, also als Kaufmann tätig wird heisst Handelsfrau* » (3). En Allemagne la femme, comme l'homme, doit en outre se plier parfois à certaines conditions de forme, lorsqu'elle n'appartient pas à la catégorie des « *Musskaufleute* » ; pour acquérir la qualité propre aux « *Sollkaufleute* » (4), la loi lui fait une condition absolue de l'inscription de la firme (*Firmeneintragung*) au registre du commerce (5).

(2<sup>a</sup>) ESCARRA, t. I, n° 57, p. 74.

(2<sup>b</sup>) ESCARRA, t. I, n° 91, p. 106, n° 95, p. 110 et n°s 170 et s., pp. 184 et s.

(3) Cf. H. HARTENSTEIN in *Rechtsvergl. HWörterbuch* de SCHLEGELBERGER, t. IV, v° *Handelsfrau*, pp. 156 et s. et v° *Kaufmann*, 711 et s. (cf. §§ 1 et 2 HGB. et § 6 Allg. deutsches HGB.). Cf. ESCARRA, t. I, n° 89, p. 105.

(4) Sur cette distinction, consulter JULIUS v. GIERKE, § 6, p. 30.

(5) Cf. JULIUS v. GIERKE, § 9, V, p. 43, et HARTENSTEIN in *Dictionnaire de droit comparé*, précité, v° *Kaufmann*, p. 711 ; STAUB, Ann. 66 et 67 (pp. 27 et 28, éd. 1900). Cf. ESCARRA, t. I, n° 185, p. 197 (voir aussi n° 183, p. 196).

Deux questions principales se posent au sujet de l'acquisition de la qualité de commerçante :

- 1° La femme a-t-elle besoin du consentement du mari ?
- 2° Doit-elle exercer un commerce séparé ?

#### A. — Consentement du mari

**150.** En France la femme « ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari » (art. 4 C. Com.). Pour qu'une femme soit commerçante, il faut qu'elle fasse habituellement des actes de commerce en vertu du consentement du mari (6), et cela à cause des droits du mari comme chef (7).

En Allemagne au contraire, la femme mariée n'a pas besoin du consentement marital pour acquérir la qualité de commerçante (8) : « daher bedarf es auch für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft nicht der Zustimmung des Mannes » (9).

(6) Cf. BESLAY, *Comment. du C. comm.*, t. I, n° 298 ; ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 384.

(7) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 404 et s. et 428 ; COLIN et CAPITANT, t. I, pp. 614 et 620. Lorsque l'autorisation du mari est expresse, mention doit en être faite au registre du commerce, mais l'inobservation de cette formalité est sans effet sur la validité des actes passés par la femme (loi du 18 mars 1919, art. 4-6°) ; cf. ESCARRA, t. I, n° 310, p. 312.

(8) Ni pour se faire inscrire au registre du commerce (Handelsregister), DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle*, Ann. 34 ; STAUB, *Intr. Gle*, Ann. 41 (éd. 1926). Dans certains pays, malgré sa pleine capacité, la femme ne peut acquérir la qualité de commerçante que du consentement du mari, à cause de la situation prépondérante de ce dernier dans les rapports personnels entre époux (Suisse, art. 167 CCS. ; Autriche, art. 7 HGB.). Cf. HARTENSTEIN in *KeglHW*, v° *Handelsfrau*, p. 158.

(9) WIELAND, *Handelsrecht*, t. I, § 12, III, 4 et note 24, pp. 112 et 113. Cf. LEHMANN-RING, § 1, n° 21 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 39, 29 a et 40, Ann. 67, p. 24 (éd. de 1926) ; DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle*, Ann. 34 ; GLITSCH, pp. 160 et s. ; COSACK, § 12, III, 2 ; L. LYON-CAEN, thèse citée, p. 259 ; RGZ. 59, 32.

Mais l'Allemagne s'écarte des autres pays qui permettent, comme elle, à la femme mariée d'exercer librement une profession (10), en ce que le mari peut, comme nous l'avons dit, lui interdire l'exercice de son commerce (§ 1354 et dans certains cas § 1358 BGB.), toutefois avec une sanction inopérante sous le rapport personnel (11).

En France, même si la femme exerçait en fait un commerce sans l'accord du mari, cela n'entraînerait pas pour elle les conséquences ordinaires de l'état de commerçant : en outre, ses actes seraient inopposables au mari ou à ses héritiers (12).

En Allemagne au contraire, l'épouse peut faire des actes de commerce sans le consentement du mari ; l'opposition de celui-ci a pratiquement seulement pour effet de restreindre les pouvoirs de la femme (13).

## B. — Commerce séparé

**151.** Pour acquérir la qualité de marchande publique la femme doit en France, en outre des conditions ci-dessus

(10) Cf. U. R. S. S., Hongrie, droits anglo-saxons et scandinaves, Italie et Argentine ; cf. HARTENSTEIN, *loc. cit.*

(11) Cf. HARTENSTEIN, *loc. cit.*, v° *Handelsfrau*, p. 158 et *supra*, n° 8. — Nous ne traitons ici que l'acquisition de la qualité de commerçante ; tout ce que nous avons dit du contrôle de la profession en général par le mari s'applique à la femme commerçante, nous n'y reviendrons donc pas. L'accord du mari ne joue un rôle en Allemagne que dans les rapports personnels, en vertu de son droit de décision ou de résiliation, et dans les rapports patrimoniaux sous certains régimes, quand la femme veut engager plus que ses biens libres (*freies Vermögen*) ; cf. J. v. GIERKE, p. 40 ; WIELAND, pp. 112 et 113.

(12) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, n° 268 ; THALLER, n° 164 ; WIELAND, p. 111 ; *Rechtsvergl. HWörterbuch* v° *Handelsfrau*, p. 157. — Cependant ses actes seraient exécutoires sur les biens réservés, cf. *supra*, n° 141. — *Contra* : BERNARD et BONNECASE, pp. 9 et 13 ; mais LALOU, n° 15. — Cf. ESCARRA, t. I, n° 345, p. 342.

(13) WIELAND, p. 113 ; J. v. GIERKE, p. 40 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle.*, Ann. 41-42-56.

indiquées, exercer un commerce séparé de celui du mari (14), c'est-à-dire qu'elle doit diriger une entreprise (distincte de celle de son mari) et faire les actes qui s'y rapportent en son nom propre et pour son propre compte (15). Si les époux travaillent ensemble, mais que le fonds est exploité au nom de la femme (15<sup>a</sup>), les tribunaux décident que c'est la femme qui est commerçante (15<sup>b</sup>) ; dans cette hypothèse, c'est le mari qui est son préposé.

La question de savoir quand la femme exerce un commerce séparé est une question de fait (16) ; mais l'art. 220 du C. civ. et l'art. 5 du C. de com. édictent une présomption : la femme « n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari » (17) ; cette présomption que la femme est préposée du mari si les deux époux travaillent dans le même négoce peut être renversée par des preuves nettes et précises (18). Le fait seul pour la femme de s'engager aux côtés du mari ne la rend pas commerçante (18<sup>a</sup>).

(14) Cf. ESCARRA, t. I, pp. 306 et s. ; cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 125, p. 96 (éd. 1925).

(15) *Nouveau Code de comm. annoté Dalloz*, art. 5, n° 218 ; cf. ESCARRA, n° 305, p. 308 ; MARGAT, p. 49.

(15<sup>a</sup>) Elle est par exemple titulaire du droit au bail ou a fait établir la patente à son nom.

(15<sup>b</sup>) Req., 5 nov. 1900, S. 1901.1.278, D. 1901.1.463 ; 21 oct. 1901, S. 1901.1.250, D. 1901.1.527 ; cf. ESCARRA, n° 305, p. 309.

(16) *Nouveau Code comm. annoté Dalloz*, n° 222, p. 51. Cf. Besançon, 13 fév. 1914, D. 1915.2.45, note LALOU ; Dijon, 26 juin 1925, *Gaz. Pal.*, 21 août. Cf. ROUAST in *Pl.* et RIPERT, t. II, n° 428.

(17) Il faut assimiler à ce cas celui où la femme tient la caisse ou dirige le personnel. Cf. LACOUR et BOUTERON, n° 124 ; ESCARRA, t. I, n° 304, p. 308. Cf. art. 5, n° 245 du *Nouveau Code comm. annoté Dalloz*. *Contra* : Paris, 24 avr. 1883 in *Suppl. au répert. alph. Dalloz*, v° *Commerçant*, n° 94 et Aix, 11 août 1906, D. 1907.5.9.

(18) Cf. Lyon, 5 fév. 1881, D. 1881.2.192 ; Bastia, 30 mars 1892, D. 1893.2.542. *Contra* : Montpellier, 5 mai 1906, D. P. 1906.2.217. Cf. ESCARRA (t. I, n° 307, pp. 309 et s.) qui considère la présomption comme irréfragable quand le fonds a été acquis conjointement et solidairement

Dans le droit allemand, la situation est sensiblement la même ; quand la femme travaille dans le commerce de son mari, elle est censée se borner à fournir à ce dernier l'aide gratuite prévue au § 1356 BGB. et il n'y a pas en règle générale contrat de travail ; quand la femme est occupée chez son mari « das ist im Zweifel die Erfüllung gesetzlicher Pflichten (§ 1356) » (19). Ceci s'applique même à la femme d'un associé en nom collectif qui accomplit des prestations dans l'affaire de celui-ci sans avoir droit à un salaire. D'après M. Bondi, la femme ne serait pas dans ce cas employée de commerce (*Handlungsgehilfin*) tandis que d'après J. v. Gierke elle serait telle en vertu de la loi (*Handlungsgehilfin kraft Gesetzes*), c'est-à-dire sans lien contractuel et sans rémunération en vertu du § 1356 BGB. (20) ; même dans ce dernier cas elle n'a pas le caractère de commerçante (21).

Pour que le commerce soit séparé (*selbständig*), il faut qu'il soit au nom de la femme ; il s'agit d'une indépendance juridique et non d'une indépendance de fait (22) ; la femme peut être associée (22<sup>a</sup>).

**152.** En France la femme qui est à la tête d'une exploitation commerciale dans laquelle elle emploie son mari est

par les deux époux ou est immatriculé à leurs deux noms, ce qui est très fréquent, irréfragable aussi quand un doute subsiste sur la personnalité du véritable titulaire du fonds. Cf. MARGAT, pp. 45 et 46 et note 1 même page ; GUYON, thèse, p. 106.

(18<sup>a</sup>) Cf. ESCARRA, n° 306, p. 309.

(19) STAUB-BONDI, t. I, § 59, Ann. 9, p. 362 (12<sup>e</sup> et 13<sup>e</sup> éd.).

(20) Cf. RG. in *JW.* 1909-502<sup>30</sup> ; J. v. GIERKE, § 23, I, 2 b, p. 133 et § 59 HGB.

(21) STAUB-BONDI, § 1, Ann. 18.

(22) Cf. GLITSCH in EHRENBURG, t. II, p. 168 ; la question est cependant discutée. Cf. GLITSCH, note 5, p. 168 ; WIELAND, § 12, II, 1, p. 109 ; STAUB-BONDI, *Introd. Gle*, Ann. 48, pp. 19 et 20, Ann. 49, p. 20 et Ann. 72, p. 25.

(22<sup>a</sup>) STAUB-BONDI, *Introd. Gle*, Ann. 49, p. 20,



une commerçante ; il en est de même en Allemagne. Il ne faut pas négliger une observation très importante de M. Lalou (23), selon laquelle il ne faut pas considérer comme synonymes les termes de *commerce séparé* (art. 5 C. com. et 220 C. civ.) et de *profession distincte* (loi de 1907). D'après MM. Lacour et Bouleron (24), quand une femme exerce un commerce séparé, elle jouit en principe des prérogatives de la loi de 1907, à moins que le mari ne remplisse gratuitement chez elle les fonctions de commis, car il y a alors travail commun. Pour que la loi de 1907 s'applique, il faut que celui des deux époux qui est au service de l'autre reçoive un salaire ou traitement distinct.

On peut donc envisager en gros trois situations :

1° La femme travaille dans une exploitation dont le mari est le chef ; elle n'est commerçante ni en France ni en Allemagne et ne peut acquérir des biens réservés que si une rémunération lui est accordée.

2° La femme, chef d'une entreprise commerciale, y emploie son mari comme auxiliaire ou comme subordonné ; il y a alors commerce séparé, mais en France il n'y a profession distincte que si la femme donne un salaire au mari. En Allemagne, au contraire, chaque fois que le commerce est dirigé au nom de la femme ou qu'elle le dirige conjointement avec le mari, elle exerce un commerce séparé et acquiert du *Vorbehaltsgut* (25) ; dans un

(23) Note D. 1915.2.41, col. 2. Cf. *Nouveau Code annoté Dalloz*, art. 5, n°s 240 à 244 ; MARGAT, pp. 50 et s. ; GUYON, thèse, p. 63 ; ESCARRA, t. I, n° 307, p. 310. D'après M. LALOU, tandis que la disposition de la loi de 1907 est impérative, la présomption du C. de comm. serait susceptible d'être renversée ; pour M. ESCARRA, au contraire, elle ne pourrait être renversée qu'exceptionnellement, quand le fonds est exploité au nom de la femme ; dans tous les autres cas, elle serait irréfragable. Cf. HAMEL, t. I, p. 384, note 1.

(24) T. I, n° 126, p. 97 ; LALOU, n° 20 et note D. 1913.2.41. — *Contra* : GUYON, pp. 70 et 75.

(25) Cf. WOLFF, § 46, I, 1 c, p. 180.

seul cas cependant la femme allemande, tout en étant commerçante, ne pourra pas acquérir de *Vorbehaltsgut* ; c'est le cas où le mari dirige l'affaire de son épouse au nom de la femme mais en vertu de son droit de jouissance et d'administration (26).

3° La femme exerce un commerce sans avoir son mari comme collaborateur ; on est alors dans nos deux pays en présence d'un commerce séparé et d'une profession distincte.

---

(26) Cf. WOLFF, § 46, I, 1 c, note 16, p. 180. D'après STAUB (Ann. 48, *Intr. Gle.* p. 20) ceci n'est possible qu'en vertu d'un mandat de la femme ; le mari n'est alors que Bevollmächtigter (fondé de pouvoir). Cf. ULLMANN, 96 ; RGZ. 59, 31. Cf. DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, 2, 64.

## CHAPITRE II

### CAPACITÉ DE LA FEMME COMMERÇANTE

---

**153.** Plusieurs questions vont nous retenir à ce sujet ; la femme commerçante célibataire jouit-elle des mêmes prérogatives que l'homme ? L'épouse commerçante a-t-elle la capacité d'ester en justice et celle de former une société.

#### SECTION I

##### LA FEMME COMMERÇANTE CÉLIBATAIRE JOUIT-ELLE DES MEMES DROITS QUE L'HOMME ?

**154.** Avant d'examiner les entraves que subit la femme commerçante à raison du mariage, on peut se demander si elle ne se voit pas encore refuser, à raison de son sexe, certains droits considérés comme des privilèges masculins (1).

Nous envisagerons successivement à ce point de vue l'électorat et l'éligibilité aux juridictions commerciales, l'entrée aux Bourses et l'engagement cambiaire.

##### a) JURIDICTIONS COMMERCIALES

Le mouvement d'émancipation féminine a fait enregistrer plusieurs victoires aux femmes tant en Allemagne qu'en

(1) Cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 80, note 1, éd. 1925. De nouvelles lois ont modifié la situation depuis lors.

France ; mais si l'évolution a été beaucoup plus rapide outre-Rhin, elle s'y fait maintenant en sens inverse. En France « la loi du 9 décembre 1931, nous dit M. Escarra (1<sup>a</sup>), en donnant aux femmes commerçante l'éligibilité aux tribunaux consulaires, a achevé une évolution commencée plus de 30 ans auparavant avec la loi du 23 janvier 1898 qui leur accordait l'électorat ».

Les lois des 27 mars 1907 et 15 novembre 1908 ont accordé aux femmes, mariées ou non, l'électorat et l'éligibilité aux conseils de Prud'hommes (2), et la loi du 19 février 1908 l'électorat aux Chambres de commerce. Les femmes, n'ayant pas de capacité politique, ne peuvent remplir un office ministériel (elles ne peuvent donc être agents de change).

Après l'avènement de la République weimarienne, les femmes allemandes firent de nombreuses conquêtes ; elles purent être assesseurs aux Conseils de Prud'hommes d'alors (*Kaufmannsgerichte* § 10 KfmGG.) ; puis, en vertu d'une loi du 11 juillet 1922, juges aux mêmes tribunaux (3). Ces organismes ont été remplacés par le Tribunal du Travail (*Arbeitsgericht*) en vertu d'une loi du 23 décembre 1926 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1927 (3<sup>a</sup>) ; les femmes pouvaient y être assesseurs (§§ 20, 21 al. 1, 37 et 43 AGG.). Il n'y a pas en Allemagne de tribunaux de commerce proprement dits, mais seulement parfois une Chambre spécialisée au Tribunal civil (*Handelskammer*) ;

(1<sup>a</sup>) D. P. 1932, 4<sup>e</sup> partie. Cf. ESCARRA, t. I, n° 302, p. 307.

(2) Cf. art. 22 et 23 livre IV du Code du Travail ; MARGAT, p. 371, note 2 ; THALLER et PERCEROU, t. I, éd. 1931, p. 115, n° 157. La loi du 9 décembre 1931 est postérieure à cette édition.

(3) Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Aemtern und Berufen der Rechtspflege RGBL. I, p. 573. Il s'agissait de tribunaux semblables aux Conseils de prud'hommes mais qui ne jugeaient que dans le domaine commercial.

(3<sup>a</sup>) Cf. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, p. 144 (2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> éd.).

à côté du juge de profession siègent deux assesseurs commerçants ; les femmes avaient accès à ces fonctions (3<sup>b</sup>).

Mais, depuis la crise économique, de véritables assauts ont été dirigés dans la plupart des pays contre le travail féminin (4). L'Allemagne y a d'autant moins échappé que ce mouvement d'hostilité envers le travail féminin se trouvait soutenu par la mystique du parti national-socialiste, qui prêche le retour de la femme au foyer. La carrière de Juge est désormais fermée au sexe féminin depuis un décret du ministre de la Justice en date du 10 janvier 1936, avec toutefois quelques dérogations peu importantes pour des femmes actuellement en fonction. Etant donné le caractère général de cette décision, nous croyons qu'elle s'applique à toutes les juridictions (5). En vertu d'une loi du 25 avril 1922 (5<sup>a</sup>) la femme avait le droit de vote actif et passif aux élections des Chambres de commerce ; nous ne croyons pas qu'il soit intervenu de changement sur ce point.

Nous voyons donc que si, en principe, les deux sexes sont traités de la même façon en Allemagne (6), la femme

(3<sup>b</sup>) Cf. MÜLLER-ERZBACH, p. 51.

(4) Cf. *supra*, n<sup>o</sup>s 47 et 48.

(5) *Informations sociales du BIT.*, t. LVIII, p. 404, n<sup>o</sup> du 22 juin 1936. Cf. *Die Frau*, avril 1936. Dans une lettre que le Président de la Chambre des Avocats de Berlin a bien voulu nous adresser en réponse à une demande faite pour un travail à nous confié par l'Institut de Droit comparé, il nous a été confirmé que dorénavant les femmes ne sont plus admises aux fonctions de juge, de notaire ni d'avocat ; le Président ajoutait que d'ailleurs des mesures étaient prises pour assurer une situation en rapport avec leur culture aux femmes qui se trouvaient ainsi sans emploi. Pour la raison indiquée plus haut, les femmes n'ont jamais pu être notaires en France puisqu'il s'agit d'un office ministériel ; mais elles peuvent être avocats et une proposition de loi a été déposée à la Chambre par le député G. DELATTRE, en vue d'accorder aux femmes l'accès aux fonctions d'assesseur dans les tribunaux pour enfants.

(5<sup>a</sup>) RGBL. I, p. 465.

(6) Cf. GLITSCH, § 13, 2, p. 158. Il indique que les statuts des sociétés

y est cependant moins bien placée qu'en France quant à l'accession aux juridictions commerciales.

#### b). ACCÈS AUX BOURSES

En France, les femmes ne peuvent entrer à la Bourse (7) ; en Allemagne il en a été longtemps de même ; il s'agissait là en effet non de droit privé, mais de dispositions de droit public. Le § 7 de la loi sur les Bourses (*Börsengesetz*) (7<sup>a</sup>) interdisait l'accès des Bourses aux personnes du sexe féminin (8). Cette disposition, qui était en contradiction avec le § 11 de la *Gewerbeordnung* accordant expressément à la femme la liberté du commerce fut abrogée par la Nouvelle du 28 décembre 1921 (9). Depuis cette date, les femmes peuvent entrer dans les Bourses et doivent être capables d'y faire des opérations à terme (10).

#### c) ENGAGEMENT CAMBIAIRE

En vertu de l'art. 113 du Code de commerce, la signature des femmes sur lettres de change ne valait à leur égard que comme simple promesse, à moins qu'elles ne fussent négociantes ou marchandes publiques (11). Depuis la loi du 8 février 1922 qui a abrogé ledit article, l'incapacité

peuvent spécifier que les femmes ne viendront pas personnellement aux Assemblées générales ; cependant la femme peut être président (*Vorsand*) ou membre du Conseil de surveillance (*Aufsichtsratsmitglied*). GLITSCH, note 9, p. 159. Cf. MÜLLER-ERZBACH, p. 55.

(7) Cf. LACOUR et BOUTERON, t. I, p. 80, note 1 (éd. 1925).

(7<sup>a</sup>) Cf. *Börsengesetz* du 27 mai 1908. Cf. NUSSBAUM, *Bank und Börsengesetz* et *Ann. législ. étr.*, 1909, p. 69.

(8) Cf. GLITSCH, p. 159.

(9) MÜLLER-ERZBACH, pp. 570 et 574 ; NUSSBAUM, p. 17.

(10) Cf. NUSSBAUM, p. 22 et § 53, p. 341.

(11) Il semble qu'il se soit à ce sujet glissé un *lapsus* dans l'ouvrage de M. ESCARRA, n° 323, p. 322. L'incapacité cambiaire y est étendue à la femme commerçante sous le régime du Code de commerce.



cambiaire n'existe plus pour aucune femme à raison du sexe (11<sup>a</sup>).

Il en est de même en Allemagne, où la capacité cambiaire passive (passive *Wechselfähigkeit*), c'est-à-dire la capacité de s'obliger personnellement par une lettre de change, appartient à toute personne capable de contracter, par conséquent à la femme, qu'elle soit ou non commerçante (cf. WO, art. 1) (12).

En France, alors que les femmes mariées ont besoin d'une autorisation spéciale du mari pour s'engager par une lettre de change, le consentement général du mari à l'exercice de la profession suffit aux femmes mariées commerçantes ; les billets délivrés par la femme qui détaille les marchandises du mari sont valables sans autorisation, car elle agit pour le mari (13).

En Allemagne les femmes mariées, qu'elles soient ou non commerçantes, peuvent signer des lettres de change sans autorisation maritale ; mais si elles veulent que leurs biens d'apport ou les biens communs répondent de la dette cambiaire, elles doivent s'assurer le consentement du mari (§§ 1399 et 1460 BGB.) (14).

## SECTION II

### CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE

**155.** Si nous nous arrêtons spécialement sur ce point, c'est que le conflit entre la loi de 1907 et le statut anté-

(11<sup>a</sup>) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. IV, n<sup>os</sup> 497 à 499 et SCHLEGEL-BERGER, *Diction. de droit comparé* v<sup>o</sup> *Handelsfrau*, p. 156.

(12) Julius MAGNUS, *Tabellen*, t. IV, *Wechselrecht*, pp. 57, 92-93 et 105 ; MÜLLER-ERZBACH, p. 447.

(13) Cf. THALLER et PERCEROU, t. I, pp. 842 et 843.

(14) « So müssen sie sich die Zustimmung ihres Mannes vergewissern », MÜLLER-ERZBACH, p. 447.

rieur de la femme commerçante y est particulièrement délicat à régler. Par ailleurs, la femme commerçante employant ordinairement d'autres capitaux que ses biens réservés on peut se demander quels seront ses droits en justice, aussi bien en Allemagne qu'en France, concernant cette partie de ses biens soumise à certains droits du mari par le régime.

L'article 215 du Code civil écarte expressément la femme commerçante du prétoire, tandis que l'article 6 de la loi du 13 juillet 1907 dispose : « la femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi. »

Si la plupart des auteurs s'accordent à considérer que l'article 6 de la loi de 1907 introduit une dérogation à l'art. 215 C. civ., leurs opinions sont diverses en ce qui concerne l'étendue de cette dérogation (15).

D'après les uns, elle est complète (16) car tous les litiges relatifs à des questions professionnelles intéressent les droits reconnus par la loi de 1907.

Selon d'autres auteurs (17), l'art. 6 se rapporte uniquement aux litiges qui ont directement pour objet les biens réservés : salaires, gains, paiement de fournitures et divers.

C'est cette seconde théorie qui nous paraît la plus exacte (18). Toutes les fois donc que le litige, tout en ayant trait à des questions professionnelles, porte cependant sur des biens non réservés, la femme commerçante

(15) Cf. ESCARRA, t. I, p. 323 ; JULES WEIL, thèse citée, pp. 79 et s.

(16) VALÉRY in *Annales de droit commercial* 1907, p. 397 ; BERNARD et BONNECASE, art. cité, p. 8 ; GAUDEMET in *Rev. trim.* 1910, p. 416 ; ROUAST (in PL. et RIPERT, t. II, n° 429) excepte le cas où il s'agit de capital non réservé.

(17) BARTIN s/ AUBRY et RAU, 5<sup>e</sup> éd., t. VII, p. 457 ; THALLER et PERCEROU, n° 172.

(18) Cf. ESCARRA, t. I, n° 326, p. 325.

retombe sous le droit commun de l'art. 215 C. civ., et il lui faut l'autorisation maritale (19).

Bien que la doctrine allemande soit différente du système français, nous allons trouver des solutions qui vont être pratiquement très voisines.

La femme allemande jouit sur ce point comme sur tous les autres d'une pleine capacité de principe et le § 52 ZPO. al. 2 dispose expressément que la capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*) d'une femme n'est pas limitée du fait de son mariage (20) ; cette capacité lui appartient, qu'elle exerce ou non son commerce avec l'assentiment du mari (21).

Mais cela ne veut pas dire que la femme commerçante puisse faire n'importe quel procès relatif aux droits intéressant le patrimoine de l'affaire ; il faut en outre pour cela qu'elle ait qualité pour intenter l'action (*Aktivlegitimation*) (22).

Elle a qualité pour cela dans tous les cas, quand elle est séparée de biens ou qu'il s'agit de *Vorbehaltsgut* (23). Mais s'il s'agit de biens d'apport ou de biens communs, il faut distinguer suivant que le mari lui a ou non accordé son consentement conformément au § 1405 BGB.

(19) La solution est donc différente pour la capacité d'ester en justice et celle de s'obliger ; la femme commerçante peut s'obliger même pour des actes qui n'ont pas trait à la profession, puisque ses actes sont toujours exécutoires sur les biens réservés.

(20) Cette disposition expresse était nécessaire à cause de l'art. 200 EGBGB. ; cf. GLITSCH, pp. 174 et s. En ce qui concerne la femme commerçante toute limitation a été supprimée du fait de l'abrogation des art. 7 et 8 ADHGB. D'après le § 52 ZPO. peut ester en justice toute personne capable de s'obliger par des contrats. STAUB, Ann. 50, *Intr. Gle.*

(21) GLITSCH, p. 174, note 1 ; DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle.*, Ann. 79 ; STAUB, *Intr. Gle.*, Ann. 50 ; STEIN-JONAS, t. II, pp. 449 et s. ; cf. SEUFFERT in *Gruchot* 43, 123.

(22) Cf. GLITSCH in EHRENBURG, § 15, 2, p. 175.

(23) Cf. STAUB-BONDI, Ann. 51, p. 20 et Ann. 55, p. 21.

En cas de consentement au commerce, la femme a qualité **pour** intenter une action dans tous les litiges résultant de l'exercice **du** commerce (*die der Betrieb ihres Geschäftes mit sich bringt*) (24). Un jugement prononcé pour ou contre la femme est dans ce cas **opposable** au mari.

Si le mari n'a pas consenti au commerce, la femme a seulement qualité pour intenter les procès relatifs au Vorbehaltsgut (25) ; s'il s'agit au contraire de faire valoir un droit appartenant aux apports, la femme ne peut le faire par voie d'action qu'avec l'autorisation du mari (§ 1400 al. 2 BGB.).

S'il ne s'agit plus pour la femme d'être demanderesse mais seulement *défenderesse*, elle a toujours qualité pour cela dans les litiges résultant de l'exercice de son commerce, quel que soit son régime matrimonial, ce qui ne veut pas dire que le jugement rendu contre la femme sera exécutoire indistinctement sur tous ses biens.

Cependant la situation de la femme qui exerce une profession indépendante et par conséquent de la femme commerçante, n'est pas sur ce point celle du droit commun (26). En effet lorsqu'il s'agit de la femme mariée commerçante, l'exécution est possible sur les biens d'apport et les biens communs, même lorsque le jugement est rendu uniquement contre elle et non contre le mari (§ 741 ZPO.) (26<sup>a</sup>) ; celui-ci doit alors supporter l'exécution, à

(24) Cf. STAUB-BONDI, Ann. 56, p. 22.

(25) Rapprocher ce résultat de l'opinion de M. ROUAST, *supra*, note 16. La femme ne peut donc intenter que les procès se rapportant aux bénéfices, aux gains quand le capital qu'elle emploie n'est pas bien réservé. Cf. GLITSCH, p. 175, note 3. Cf. STAUB-BONDI, Ann. 55, p. 21.

(26) Cf. GLITSCH, p. 176 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 51, p. 20 ; ULLMANN, 220.

(26<sup>a</sup>) Ceci ne s'applique pas aux biens corporels (Sachen) qui sont en la possession du mari et qui ne peuvent être saisis que du consentement du mari (§ 809 ZPO.) ; le mari doit alors être condamné à la « Duldung

moins qu'en raison d'une maladie ou d'une absence il n'ait ignoré le commerce de la femme ; à moins encore qu'il ne se soit opposé à son exercice ou n'ait révoqué son autorisation, à condition que l'intéressé ait fait inscrire ce refus ou cette révocation au registre matrimonial avant la litispendance (§ 741 ZPO.) (27).

Dans ces derniers cas, le mari a à sa disposition « *l'Interventionsklage* » (§ 771 ZPO. et § 774 ZPO.) (28). Si l'on veut dans les cas précités rendre l'exécution admissible sur les apports ou les biens communs, il faut un jugement contre le mari. Si c'est l'Eingebrachtes que le demandeur veut saisir, il lui faut, en outre de l'action contre la femme, intenter une action contre le mari pour l'obliger à se prêter à l'exécution « *Duldung der Zwangsvollstreckung* » (§ 739 ZPO.) (29) ; un jugement condamnant seulement la femme n'est opposable au mari que s'il a donné son consentement à l'action en justice (§ 1400 BGB.). Mais lorsque ce sont les biens communs que le tiers veut saisir, il faut qu'il obtienne une condamnation du mari à accomplir la prestation (§ 740 ZPO.). Cette condamnation est d'ailleurs suffisante, puisque c'est le mari qui est administrateur du Gesamtgut (§ 1443 BGB.). Un jugement condamnant la femme n'a effet contre le mari que quand la femme a intenté le procès du consentement du mari (30) ; en dehors de ce cas il ne peut s'exécuter que sur le Vorbehaltsgut (31).

der Zwangsvollstreckung ». Cf. STEIN-JONAS, les explications relatives aux §§ 739 et 741 ZPO. ; KG. in DJZ. 1904, p. 124 ; KGBI. 05, 4 ; DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle*, Ann. 68 et RG. Recht 07, 982. 1549 BGB.

(27) Cf. GLITSCH, § 14, 2 α β, p. 172 et §§ 1405, 1435, 1452, 1519,

(28) Cf. GLITSCH, p. 176 et notes 5 et 6 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 53.

(29) Cf. RGZ. 59, 234 et RGZ. 50, 51. Cf. LYON-CAEN, thèse, p. 202 ; STAUB-BONDI, Ann. 52 et 53, *Intr. Gle*.

(30) RGZ. 56, 74 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 54, p. 21.

(31) RG. in JW. 1904, 368<sup>301</sup>.

Quant aux frais de justice, ils peuvent être recouvrés non seulement sur le Vorbehaltsgut mais sur les apports (§§1412 al. 2 1525, 1550 BGB.) et éventuellement sur les biens communs (§ 1460 al. 2 BGB.) en vertu de dispositions expresses de la loi (32).

**156.** On voit par ce qui précède tout l'intérêt que la femme allemande peut avoir à exercer son commerce du consentement du mari (33), au point de vue de la capacité d'ester en justice.

Mais la femme allemande est mieux placée que la française à ce point de vue. Si elles peuvent l'une comme l'autre ester en justice sans autorisation maritale relativement à leurs biens réservés, il n'en reste pas moins qu'en France la femme n'a pu acquérir ces biens réservés qu'à condition d'avoir obtenu le consentement du mari, alors que les gains de la femme sont réservés en Allemagne même quand son commerce s'exerce contre la volonté du mari (34).

Quand la femme veut ester en justice relativement à des masses de son patrimoine soumises au droits du mari, il lui suffira en Allemagne du consentement de principe de son mari à l'exercice du commerce, tandis qu'il lui faudra en outre en France une autorisation maritale spéciale à cet effet.

(32) Cf. GLITSCH, § 15-5, p. 178.

(33) Cf. STAUB-BONDI, *Intr. Gle.*, Ann. 51, p. 20. « Gleichwohl ist die Frage, ob der Mann in den Handelsbetrieb eingewilligt hat oder nicht, aus anderen Gründen von erheblicher prozessualer Wichtigkeit. Es ist dies wichtig für die Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau, die ja das praktische Endziel des gegen die Frau geführten Prozesses ist »... « Auch für die Aktivlegitimation der Ehefrau und für die Wirkung des (Aktiv-Urteils gegen den Mann ist es von Wichtigkeit, ob der Mann seine Einwilligung zum Handelsbetrieb erteilt hat oder nicht » (STAUB-BONDI, *loc. cit.*, Ann. 55).

(34) Cf. *supra*, n° 141.



On considère en France qu'en conséquence de cette incapacité d'ester en justice, la femme ne peut ni transiger ni compromettre (35) pour les masses autres que les biens réservés. Les transactions ou compromis de la femme allemande non autorisée seront valables, mais ne pourront s'exécuter que sur les biens réservés.

### SECTION III

#### CAPACITÉ DE FAIRE PARTIE D'UNE SOCIÉTÉ

**157.** Comme nous venons de le voir, la capacité de la femme commerçante subit en France une première atteinte du fait de l'art. 215 C. civ., atteinte qui a été en partie atténuée par la loi de 1907.

La femme française voit encore son indépendance entravée quand il s'agit de faire partie d'une société, que ce soit avec son mari ou avec des tiers, ceci non plus en vertu de la loi mais du fait d'une jurisprudence bien établie.

Aucune limitation de principe n'existe sur ce point en Allemagne ; nous verrons seulement que, toujours à cause du régime matrimonial légal, la femme est, dans certains cas, grandement intéressée à obtenir le consentement de son mari. Nous ferons porter successivement notre étude comparative sur la société entre époux, puis sur la société avec des tiers.

#### § I. — Société entre époux

**158.** La loi française interdit bien entre époux la vente (art. 1595 C. civ.), mais non la société. C'est en vertu de la

(35) Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, n° 410, p. 333 et n° 412, p. 334

jurisprudence qu'une telle société est considérée comme nulle ; les raisons invoquées contre la possibilité de son existence sont qu'elle aurait pour résultat d'une part de donner à la femme vis-à-vis de son mari une égalité incompatible avec la puissance maritale (art. 1388 et 1395 C. civ.) et d'autre part de porter atteinte à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1).

On sait que cette jurisprudence a été vivement critiquée par de nombreux auteurs ; ils estiment que la société ne devrait être annulée que si elle avait eu en fait pour but d'attribuer à la femme une indépendance incompatible avec les droits du mari, ou de porter atteinte aux règles du régime, ou d'enrichir clandestinement un des époux aux dépens de l'autre, ou de faire échec à la révocabilité *ad nutum* des donations (2). D'après M. Margat (2<sup>a</sup>) les sociétés entre époux devraient être admises quand l'apport de la femme provient des biens réservés.

D'après la jurisprudence sont donc nulles toutes les

(1) Cf. HOUPIN et BOSVIEUX, n° 70, p. 95 ; Cass., 5 mai 1902, J. S. 1902, p. 424 et S. 1905.1.41 ; Cass., 1908, J. S. 1909, p. 107 ; Cass., 1912, J. S. 1912, p. 426 et *Gaz. Pal.* 1912.1.230 ; Cass., 1913, J. S. 1914, p. 442 ; Paris, 25 mai 1919, J. S. 1920, p. 41 ; AUBRY et RAU, t. V, § 503 bis et t. VI, § 377, 1<sup>er</sup> ; CAMBERLIN, *De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme* ; HÉMARD, note S. 1905.1.32 ; BOUVIER-BANGILLON, note D. 1912.1.481 ; PL. et RIPERT, t. VIII, n° 55 et t. XI, n° 1003 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 644 ; cf. Jules WEIL, thèse citée, pp. 38 et s.

(2) GUYON, thèse, p. 103 ; LABBÉ, note S. 1890.1.49 ; HÉMARD, note S. 1905.1.41 ; Lyon, D. 67.3.87 ; PIC, *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1907, p. 489. Cf. HOUPIN et BOSVIEUX, n° 89 et note 2, p. 95. D'après MARGAT (pp. 131 à 134) la mise en société serait inconciliable avec les conventions matrimoniales toutes les fois où, d'après le régime, le mari a un droit de jouissance sur les biens que la femme apporte en société.

(2<sup>a</sup>) P. 134. En ce sens, GUYON, thèse, pp. 103 et s., p. 105 ; de même, d'après lui, quand la femme n'apporte que son travail. Selon le même auteur, le bienfait de la société, c'est qu'elle apporte une solution au travail commun des époux, pp. 105 à 107.

sociétés civiles ou commerciales formées entre époux, que ce soit avant ou après la conclusion du mariage ; il s'agit en particulier des sociétés en nom collectif (3), des associations en participation, des sociétés universelles de gains (4), même si les époux sont séparés de biens (5) ; quand un mariage se conclut entre deux associés, il entraîne la dissolution obligatoire de la société (6).

« Se rendant compte des inconvénients qu'entraînerait la stricte application du principe par eux posé, les tribunaux ont été amenés fréquemment à tenir pour valables les sociétés comprenant des époux, mais où la femme n'était pas réellement associée à titre personnel et distinct » (7).

Le principe que nous avons énoncé plus haut ne s'applique pas lorsqu'il s'agit d'une société de capitaux ; on doit admettre que « deux époux peuvent se rencontrer comme commanditaires ou comme actionnaires d'une société anonyme ou encore comme souscripteurs de parts d'une société à responsabilité limitée » (8). Une femme pourrait être actionnaire d'une société dont le mari est administrateur, mais ils ne pourraient être tous deux administrateurs (9).

(3) Cass., 24 févr. 1913, S. 1916.1.81.

(4) Arrêt du 5 mai 1902, précité.

(5) Cass., 3 juillet 1917, S. 1921.1.201, note NAQUET.

(6) Paris, 25 mai 1919, J. S. 1920, 41 et la note. — La jurisprudence assimile à la société entre époux celle formée entre les époux et un tiers, mais elle n'a prononcé que rarement la nullité d'une société formée entre deux époux et plusieurs autres personnes. Cf. HOUPIN et BOSVIEUX, p. 96.

(7) HOUPIN et BOSVIEUX, p. 96 ; par ex., si la femme n'est intervenue au contrat que comme commune en biens, ou bien si les époux ont des intérêts identiques. Cf. HOUPIN, note J. S. 1904, 228 ; HÉMARD, n° 87.

(8) Cf. HOUPIN et BOSVIEUX, p. 97 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 78<sup>3</sup> ; THALLER et PIC, n° 414 ; HÉMARD, n° 82 ; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 646. — Le mandat n'étant pas interdit entre époux, le mari pourrait être gérant non associé dans une société dont fait partie sa femme. Cf. HOUPIN, p. 97, note 2.

(9) HOUPIN, p. 97, note 2 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. II, p. 639, n° 2 ; HÉMARD, n° 82. — *Contra* : LALOU, D. H. 1920, chronique, pp. 49 et s. ; DEYZAC, *Rev. du Notariat*, 1931, 565,

Souvent dans la pratique une société, valablement formée à l'origine, se trouvera continuer entre deux époux et des tiers par suite du décès d'un des associés et de la transmission de ses droits au conjoint d'un autre d'entre eux ; MM. Houpin et Bosvieux admettent qu'une telle société sera valable jusqu'à la date d'expiration fixée par l'acte primitif (10).

La nullité des sociétés entre époux est une nullité d'ordre public ; cependant, d'après la jurisprudence, cette nullité n'empêche pas l'existence d'une société de fait (11). Depuis un revirement de jurisprudence le partage à la liquidation est fait conformément aux bases fixées par les statuts (11<sup>a</sup>) et non d'après l'art. 1853 du C. civ.

« La femme qui fait le commerce en société avec son mari devra être considérée le plus souvent comme préposée de ce dernier (art. 5 C. comm.) ; elle ne sera donc pas réputée commerçante » (12).

**159.** En Allemagne la société entre époux est parfaitement admise (13) ; elle est particulièrement fréquente sous la

(10) HOUPIN, p. 98, note 1. — *Contra* : HÉMARD, n° 88 et Cass., 24 février 1913 (S. 1916.1.81), note WAHL ; J. S. 1914, 441, quand la société ne subsiste plus qu'entre époux.

(11) HOUPIN, p. 98, cf. Cass., 3 juillet 1917 (J. S. 1920, 24 et D. 1917.1.127 ainsi que S. 1921.1.208, note NAQUET).

(11<sup>a</sup>) Cass., Req., 19 mai 1908 (D. 1908.1.359). — *Contra* : GUYON, thèse, p. 108.

(12) HOUPIN, p. 99 ; BOUVIER-BANGILLON, note D. 1912.1.481. Sur l'exploitation en commun d'un fonds de commerce par deux époux, cf. article de CROIZAT in *Revue des Sociétés*, pp. 162 et s., année 1928.

(13) L'admissibilité d'un « Handelsgesellschaft » entre époux, du point de vue du BGB. et du HGB., n'offre plus aucun doute aujourd'hui. GLITSCH, p. 187. Cf. HACHENBURG, *Handelsgesellschaft unter Ehegatten in Seuff. Bl.* 72, 51 et s. — GILDEMEISTER : *Offense Handelsgesellschaft zwischen Ehegatten beim Vorliegen der allgemeinen Gütergemeinschaft in ZHR.* 54, 99 ; DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle.* Ann. 76, pp. 103 à 107 et p. 116 ; ULLMANN in *JW.* 02, 49 ; SCHEFOLD in *Arch. f. Ziv. Proz.*, t. XCI, pp. 142 et 154 ; HÖRLE, p. 47 ; FLECHTEIM in

forme de société à responsabilité limitée qui groupe en général des membres d'une même famille. Les époux peuvent tous deux, en tant que propriétaires communs, exploiter à titre indépendant un seul et même fonds, ce qui n'est possible qu'en vertu d'un rapport de société (expres ou tacite).

On ne peut en Allemagne dresser contre la société entre époux l'immutabilité des conventions matrimoniales puisqu'elle n'existe pas là-bas (13<sup>a</sup>).

Lorsque les époux sont engagés, pour l'exploitation d'un commerce dans un rapport de société (que ce soit expressément ou tacitement), ils sont réciproquement responsables des dettes professionnelles (*Geschäftsschulden*) de l'autre (14).

Si l'objet d'une telle société est l'exploitation d'un « *Vollhandelsgewerbe* » où les deux époux sont en nom, on est alors en présence d'une société en nom collectif ; sinon, il s'agit seulement d'une société civile (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts*).

Les rapports entre époux concernant les droits que la femme possède dans la société en nom collectif se règlent dans les détails d'après les différents régimes matrimoniaux.

1° *Sous le régime légal*, les parts de la femme dans la société peuvent provenir soit des biens réservés soit des biens d'apport. Dans un cas comme dans l'autre, le mari

DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 545 ; SIMON, *Die Ehefrau als Gesellschafterin. Diss. Iéna*, 1911.

(13<sup>a</sup>) Cf. § 1432 BGB. et art. 179 CCS. et MARGAT, p. 133.

(14) Dans les anciens droits locaux, la femme qui déployait son activité dans le commerce de son mari répondait des obligations commerciales « *Sitzen zu offenem Kram und Laden bewirkt die allgemeine Gütergemeinschaft* » ; le BGB. a mis cette vieille règle de côté, la responsabilité réciproque des époux n'est plus aujourd'hui fondée sur ce seul fait du travail commun (durch die blosse Tatsache der Mitarbeit), il faut pour cela un rapport de société. Cf. GLITSCH, p. 187.

en qualité d'associé (*Gesellschafter*) peut disposer des investissements (*Einlagen*) de la femme (15). En tant qu'époux, le mari ne pourrait disposer, en vertu de son droit d'administration, que des investissements provenant de l'Eingebrachtes Gut, mais ce droit est suspendu (*ruht*) tant qu'existe la société (16).

A la cessation de la société, une liquidation intervient conformément aux §§ 145 HGB. et suivants (17). De la quote-part qui revient à la femme dans cette liquidation, il faut d'abord séparer l'Eingebrachtes Gut. Si ces apports ont diminué de valeur, il faut les ramener à leur valeur primitive en prélevant sur les gains. Le reste appartient aux biens réservés. Certains auteurs ont tendance à voir dans la société entre époux un acte de simulation ; il serait dangereux de généraliser ainsi (17<sup>a</sup>).

2° *Sous le régime de communauté* il n'y a de situation particulière qu'au cas où il existe entre les époux une société en nom collectif, dont le patrimoine est constitué aux dépens des biens communs (18).

**159 bis.** Il nous semble qu'il serait avantageux pour nous d'adopter sur les points précédents les solutions du droit

(15) Droit que la femme possède de son côté, en tant qu'associée, sur les investissements du mari.

(16) DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle.*, Ann. 76, pp. 104 et 105 et Ann. 77. Cf. ULLMANN in LZ. 1907, 471 et s. ; GLITSCH, p. 188. Les gains de la femme sont Vorbehaltsgut. Les deux époux répondent personnellement des dettes (HGB., § 128), la femme par conséquent avec son patrimoine tout entier, Vorbehaltsgut comme Eingebachtes. Cf. HEINS-HEIMER, *Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau beim gesetzl. Güterstand* (1908).

(17) Cf. GILDEMEISTER, *art. cité*, pp. 142 et s.

(17<sup>a</sup>) DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle.*, p. 104 ; cf. ULMANN in LZ. 1907, 471 et s.

(18) Quand une affaire est menée avec les biens communs, la responsabilité réciproque des époux semble entrer toujours en jeu même s'il ne s'agit pas d'une société, cf. GLITSCH, p. 187.



allemand. Rien ne s'oppose dans la loi française aux contrats entre époux, il n'y a d'exception que pour la vente ; il y aurait donc intérêt à s'écarter d'une jurisprudence si mal adaptée aux faits qu'elle a dû se contredire elle-même et a dû admettre la validité au moins temporaire de ces sociétés entre époux en leur appliquant la théorie des sociétés de fait ; de nombreux auteurs que nous avons déjà nommés (19) partagent cette manière de voir avec quelques restrictions indispensables.

## § 2. — Société avec les tiers

**160.** Le mari dont la femme s'engage dans une société court deux sortes de risques, les uns d'ordre personnel : la femme sera peut être appelée à négliger son intérieur, voire même ses devoirs conjugaux, à cause des rapports quotidiens avec ses associés ; les autres d'ordre patrimonial, si la société va à la ruine entraînant le patrimoine de la femme ; les risques seraient à ce dernier point de vue considérables, si le consentement général du mari à l'exercice d'une profession suffisait à permettre à la femme d'entrer valablement dans une société, le patrimoine entier des époux répondant des dettes sociales, quand il s'agit d'une société de personnes naturellement.

La jurisprudence française pare à ces deux dangers au moyen d'une mesure unique, l'incapacité de la femme d'entrer en société ; cette incapacité nous paraît plutôt d'origine personnelle, puisque la loi accorde la capacité patrimoniale à la commerçante munie d'une autorisation générale ; mais l'absence d'autorisation spéciale du mari entraîne comme conséquence l'incapacité patrimoniale et surtout l'absence de pouvoirs.

En Allemagne, c'est au moyen de mesures différentes

(19) Cf. *supra*, n° 57, note 2,

que l'on pare isolément à chacun des deux dangers que nous avons signalés. Certaines de ces mesures visent la capacité personnelle de la femme et la restreignent (§§ 1354 et 1358 BGB.) ; les autres visent, pour les limiter aussi, les pouvoirs de la femme mariée en général et doivent s'appliquer au cas particulier d'entrée en société.

#### A. — En France

En France donc, en vertu d'une jurisprudence approuvée par la majorité des auteurs (20) la femme mariée, même commerçante et alors même qu'elle serait séparée de biens, ne saurait former une société avec des tiers sans l'autorisation ad hoc du mari (21), qu'il s'agisse d'une société civile ou commerciale (en nom collectif ou en commandite simple). Les principales raisons invoquées sont des raisons de convenance (22) : en dehors des dangers pécuniaires, il existe des risques contre nature auxquels serait exposé le mari du fait des rapports journaliers entre associés ; cela touche à la puissance du mari sur la personne de sa femme (23). D'autre part le mari ne pourrait plus révoquer son autorisation générale pendant toute la durée de la société (24).

(20) La loi est muette sur ce point. Cf. MARGAT, p. 125 ; Cass., 8 août 1851, S. 1852.1.282 ; Cass., 9 nov. 1859, S. 1860.1.74 ; Lyon, 1866, S. 1867.2.416 et D. 1866.2.224 ; Cass., 7 mars 1888, S. 1888.1.315 ; 8 déc. 1891, S. 1892.1.393 ; 1<sup>er</sup> mars 1897, S. 1897.1.352 ; THALLER et PIC, n° 406 ; PL. et RIPERT, t. II, n° 385, 388 et 429 ; AUBRY et RAU, t. VII, § 472, note 72 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 254 et t. II, n° 77 ; HOUPIII et BOSVIEUX, n° 69, p. 93.

(21) Cette autorisation n'a pas besoin d'être formelle ni expresse ; la non opposition du mari peut suffire. Cf. HOUPIII, n° 69, p. 93 ; THALLER et PIC, n° 405 ; HÉMARII, n° 78 ; Cass., 27 avril 1841 (S. 1841.1.385). Cf. Cass., 4 févr. 1930 (J. S. 1931, 658).

(22) Cf. MARGAT, p. 125.

(23) LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 112, p. 71 et n° 122, *Jurispr.*, t. III, p. 23, n° 112 ; PL. et RIPERT, t. II, n° 429-3° , p. 348.

(24) L'autorisation de s'associer est en effet différente de l'autorisa-

On a voulu parfois, même pour la femme commerçante, étendre la nécessité d'une autorisation spéciale (25) à la souscription de parts d'intérêts dans une commandite simple et même à la mise de fonds dans une société par actions, tout au moins quand les actions ne sont pas complètement libérées (26) ; nous croyons que, dans ce cas et dans tous ceux où il ne s'agit pas d'une société de personnes, l'autorisation générale est suffisante. La femme mariée pourrait d'ailleurs sans autorisation aucune souscrire des actions entièrement libérées ou des parts d'une société à responsabilité limitée (27), si elle est séparée de biens ou si elle exerce une profession distincte de celle de son mari à condition de consacrer à la souscription des biens réservés (28).

Nous croyons que ce dernier avantage est le seul que la loi de 1907 ait conféré à la femme concernant la capacité d'entrer en société, bien que certains auteurs (29) se soient demandé si ladite loi n'avait pas élargi les droits de la femme à ce point de vue. D'après M. Margat, la réponse à la question dépend du rôle joué par la femme dans la

tion générale de faire le commerce, cette dernière étant essentiellement révocable. Cf. HOUPIN, *loc. cit.* ; GUYON, thèse, p. 98. Cf. Cass., 6 févr. 1888, S. 1890.1.49, note LABBÉ et 4 juillet 1888, S. 1891.1.113, note LACOSTE.

(25) Bien que cela devienne plus discutable selon MARGAT, p. 126 ; la nécessité de l'autorisation *ad hoc* est limitée aux sociétés de personnes d'après M. ROUAST in PL. et RIPERT, *loc. cit.*

(26) MARGAT, p. 125 ; HOUPIN, n° 69 ; PIC in *Revue trim. de droit civil*, année 1907, p. 488.

(27) HÉMARD, n° 111 ; PIC et BARATIN, n° 133. Cf. HOUPIN, n° 69.

(28) HOUPIN, n° 69 ; PL. et RIPERT, t. II, n° 430.

(29) Cf. MARGAT, pp. 125 et 127. D'après PICHON (MARGAT, p. 127) la femme pourrait entrer dans une société dont elle peut facilement se dégager. Cf. GUYON, pp. 99 et suiv. Cf. LALOU, p. 126. Dans le cas où le mari a autorisé, il devra respecter les délais prévus pour la dissolution, mais il pourra réclamer le retrait de pouvoirs ; le retrait prononcé, la femme commerçante sera dans la même situation qu'avant 1907. Cf. MARGAT, pp. 127 et 128.

société. Si la femme est associée en nom collectif ou commanditée, la controverse reste entière (30) ; mais elle pourrait au contraire, sans autorisation spéciale du mari, faire partie d'une société, en affectant ses biens réservés à l'acquisition d'actions ou même de parts d'intérêts dans une commandite simple, emploi fructueux de capitaux. En effet l'art. 1 al. 2 de la loi de 1907 est très général ; d'autre part, les inconvénients à éviter n'existent pas dans le cas présent (31). Ceci s'accorde d'ailleurs avec l'opinion de MM. Houpin et Bosvieux (32) qui ajoutent que « rien ne s'oppose à ce qu'une femme, autorisée de son mari, fasse apport d'un bien de communauté à la société par elle contractée avec des tiers..., ou encore fasse apport à cette société de biens qui lui appartiennent en propre et dont le régime par elle adopté lui permet de disposer ».

#### B. — En Allemagne

En Allemagne, une femme mariée peut être associée en nom collectif ou commanditée (*Komplementarin*) sans l'autorisation du mari puisqu'elle est capable (33).

(30) Cf. MARGAT, p. 129, même si la société est nulle ; dans ce cas les obligations de la femme seraient exécutoires sur les biens réservés.

(31) Il est bon de remarquer d'ailleurs que la qualité de commerçant n'appartient ni à l'actionnaire ni au commanditaire ; si nous traitons de ce point ici, c'est pour envisager la question dans son ensemble. Cf. GUYON, p. 101.

(32) N° 69.

(33) Dans ce cas, elle exerce une profession indépendante au sens des §§ 1367 et 1405 ; sur la femme dans une société en nom collectif, cf. ULLMANN, *Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft* in JW. 02, 49 s. ; DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle.*, Ann. 76 et s., 86 et s., 95 et s., ainsi que t. I, Ann. 62, § 131 et Ann. 34 et s. Cf. OCHWADT, cité in GLITSCH, note 1, p. 184 ; *Die Ehefrau als Teilhaberin einer O. H.*, thèse SIMON, Leipzig, 1911 ; RG. in LZ. 1919, 1076<sup>1</sup> ; RG. in JW. 1930, 2215<sup>1</sup>.

Les droits de la femme peuvent cependant être limités en vertu de deux principes : soit en vertu du droit de prééminence du mari dans le ménage (question de capacité personnelle), soit en raison des droits du mari sur certaines parties du patrimoine de l'épouse (capacité patrimoniale).

Les restrictions que le mari peut apporter à la capacité personnelle de sa femme en vertu de son droit de veto (*Verbotsrecht*) sont, nous l'avons vu plus théoriques que pratiques.

En thèse générale, il ne peut invoquer que le paragraphe 1354 BGB. ; mais si la femme a un rôle de direction (*Geschäftsführung*) dans la société, le mari pourrait recourir au droit de résiliation du § 1358 (34). Selon Staub-Bondi (35) le mari n'aurait pas le droit de résilier le contrat de société en entier ; le seul effet de son intervention serait de suspendre l'obligation de direction pour la femme (*die Verpflichtung der Ehefrau zur Geschäftsführung*). Selon Flechtheim (36), cette opinion est à rejeter, car la gestion (*Geschäftsführung*) est un devoir essentiel vis-à-vis de la société (*wesentliche Gesellschaftspflicht*) ; une résiliation partielle telle que l'envisage Staub-Bondi ne serait admis-

(34) Nous avons vu déjà l'insuffisance pratique de ces dispositions. Cf. *supra*, n° 8 et GLITSCH, § 13 a et b ; DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle.*, p. 73 et Ann. 39 et s., Ann. 62 et 63, § 339, Ann. 14 ; STRÜBE in *Gruchots Beiträge* 48, 295 ; OPET in *DJZ.* 15, 1215 ; Voir pour le *Verbotsrecht*, DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle.*, pp. 71 et s. — Cf. aussi, FLECHTHEIM in DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, pp. 753, 882, 889, 1091. Ce rôle de direction échoit aux associés en nom collectif mais peut également être accordé aux commanditaires qui ont alors les mêmes droits de gestion (*Geschäftsführung*) que les associés personnellement responsables. Cf. FLECHTHEIM in DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, § 164-2, p. 1091.

(35) *Intr. Gle.*, Ann. 74.

(36) In DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 753, § 131. Cf. aussi § 117, Ann. 14.

sible que du consentement des autres associés. Il faut appliquer le principe général des §§ 140 et 141 au cas où le mari d'une associée résilie le contrat de société en vertu du § 1358 BGB. (37). Les autres associés peuvent immédiatement après la résiliation, déclarer qu'ils continuent la société sans l'associée en question (38).

Le droit de se substituer (*Übernahmerecht*) à la femme entre en jeu aussi dans le cas d'une société ne comprenant que deux membres, lorsque le mari d'une associée résilie (39).

Au point de vue patrimonial, il existe en droit allemand des limitations aux pouvoirs de la femme provenant du régime matrimonial ; la situation varie donc suivant les régimes, la nature des sociétés et l'accord ou l'absence d'accord du mari.

Nous envisagerons principalement le cas de la femme mariée sous le régime légal, quand elle a engagé des biens d'apport dans la société, d'abord à titre d'associée indéfiniment responsable, ensuite à titre de commanditaire ou d'actionnaire.

#### a) FEMME ASSOCIÉE INDÉFINIMENT RESPONSABLE

**161.** Si la femme, lors de la conclusion du mariage, possède des parts dans une société commerciale, ces parts deviennent *Eingebrachtes Gut*, de même que le fonds, en l'absence de contrat en disposant autrement (40) ; il en

(37) LEHMANN-RING, n° 4.

(38) Cf. FLECHTHEIM, *loc. cit.*, p. 882.

(39) FLECHTHEIM in DÜRINGER-HACHENBURG, t. II, 2<sup>e</sup> partie, § 142, Ann. 8, p. 889 et § 141, Ann. 9.

(40) Cf. *infra*, n°s 164 et s. et GLITSCH, § 17, I, 1 a, p. 185 et note 3 à l'exception de certains droits : « die Ansprüche aus der Geschäftsführung, die Ansprüche auf den Gewinnanteil und der Anteil bei der Auseinandersetzung. »



va ainsi des parts provenant de libéralités où ne figure pas la clause de biens réservés. Les parts sont également biens d'apport, lorsque la femme a au cours du mariage placé l'Eingebrachtes dans une société.

Dans quelle mesure les droits de la femme résultant du rapport de société sont-ils limités par les droits de jouissance et d'administration du mari ? Les droits des associés en règle générale ne sont pas cessibles (*nicht übertragbar*) et leur exercice par un tiers n'est pas admis, ce tiers fût-il le mari. Le droit d'administration du mari est donc exclu sur les droits de société (*Gesellschaftsrechte*) afférents à l'Eingebrachtes Gut, que le mari ait ou non consenti au contrat (41).

Pour la validité des actes de gestion de la femme (*Ausübung der Geschäftsführung*) il importe peu que le mari ait ou non donné son consentement ; en revanche ce consentement joue un rôle pour permettre de déterminer si l'Eingebrachtes engagé dans la société répond ou non des dettes de cette dernière. Si le mari n'a pas consenti, il peut s'opposer à l'exécution qu'un créancier de la société voudrait poursuivre sur les biens d'apport de la femme (42) ; en cas d'autorisation du mari, l'Eingebrachtes répond, conformément au § 1405 BGB. de toutes les obligations

(41) FLECHTHEIM, *loc. cit.*, p. 107 ; DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle*, Ann. 77. — *Contra* : ULLMANN, art. cité, p. 51. — Naturellement les gains de la femme sont biens réservés, même la « jährliche Entnahme » (prélèvement annuel), admise par le § 122 HGB. Cf. ULLMANN, p. 53 et GILDEMEISTER, p. 123 ; pour tout ce qui suit, cf. GLITSCH in EHRENBURG, § 17, p. 184. La solution que nous avons donnée pour les parts afférentes à l'Eingebrachtes sous le régime légal est la même sous la communauté d'acquêts, puisque les droits sont incessibles. Cf. § 1522 BGB.

(42) Mais les associés ne peuvent exciper de l'absence de consentement du mari comme d'une cause de dissolution conforme au § 133 HGB. Cf. GLITSCH, p. 186, note 6. Cf. art. 1869 du C. civ. et GUYON, p. 100, note 1.

relatives aux actes juridiques qu'entraîne le fonctionnement de l'affaire « *die das Geschäft mit sich bringt* » (43).

La femme ne peut faire d'acte de disposition valable en ce qui concerne les actions appartenant à l'Eingebrachtes qu'avec le consentement du mari (§ 1395). La transformation d'une société par actions en un fonds personnel de la femme constitue un tel acte de disposition (44).

Lorsque la femme mariée est associée dans une société en nom collectif, son consentement à la dissolution de la société constitue un acte de disposition au sens du § 1395 BGB. ; si le mari refuse son accord, la résolution de dissolution (*Auflösung Beschluss*) est sans effet (*unwirksam*) (45).

Le Reichsgericht a été formel sur ce point dans un arrêt récent, sur lequel nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir ; il s'agissait d'une femme dont le mari était dans un sanatorium ; elle avait donné son accord à la dissolution d'une société en nom collectif sans consulter son mari ; ce dernier avait répondu par un refus à la demande de ratification qui lui avait été faite ultérieurement, la convention de la femme était donc nulle et le fait que les époux aient ensuite divorcé ne changeait rien à la question (46).

(43) GLITSCH, § 17, pp. 184 et s. Quand la femme est mariée, non plus sous le régime légal, mais sous la communauté d'acquêts ou de meubles et d'acquêts (§ 1550 BGB.), ce n'est pas seulement l'Eingebrachtes qui répond des dettes de la société en cas de consentement du mari mais aussi le Gesamtgut (§ 1533 BGB.) et même le mari personnellement (§ 1530 BGB., al. 2) ; les gains tombent dans les biens communs (§§ 1519, 1524 al. 1 BGB.), par conséquent aussi les « *jährliche Entnahmen* ». Cf. GLITSCH, § 17, I, 1 b, p. 186.

(44) DÜRINGER-HACHENBURG, t. III, 2<sup>e</sup> partie, p. 124, § 8, Ann. 4.

(45) Cf. FLECHTHEIM in DÜRINGER-HACHENBURG, t. III, 2<sup>e</sup> partie, § 131, p. 748. Cf. *Verfügungsrecht der Handelsfrau*, p. 92 in FLECHTHEIM, *loc. cit.*

(46) RGZ. 127, 115 ; JW. 1930, 2215<sup>1</sup>. « Die vertragsmässige Erklärung des Einverständnisses der Ehefrau Ge. mit der Auflösung der

## b) FEMME COMMANDITAIRE OU ACTIONNAIRE

**162.** Le mari a un certain droit de représenter (*Vertretungsbefugnis*) la femme ; par exemple, en vertu de sa jouissance maritale il représente à l'assemblée générale les actions de la femme qui font partie de l'eingebrachtes Gut (47) ; la femme ne peut disposer de ces actions sans autorisation du mari. Si la femme est séparée de biens ou que les fonds engagés par elle ont été prélevés sur le Vorbehaltsgut, elle seule peut disposer de ses actions et les gains sont dans le second cas, biens réservés ; mais le Vorbehaltsgut répond seul vis-à-vis des créanciers de la société et à concurrence seulement de l'investissement.

Nous n'insistons pas sur le cas où la femme a engagé dans une société quelle qu'elle soit des fonds provenant du Gesamtgut, à cause du peu de fréquence des régimes communautaires (48).

Gesellschaft war zudem eine Rechtshandlung die unmittelbar auf den Rechtsbestand der Gesellschaft einwirkte, und bedeutete daher eine « Verfügung » ; zu ihr bedürfte sie der Einwilligung des Mannes, und nachdem sie das Abkommen ohne vorgängige Einwilligung ihres Mannes getroffen hatte, dessen nachträglicher Genehmigung (§§ 1395 et 1396 BGB.) Dadurch dass Siegfried G. die Genehmigung verweigert hat, ist das Abkommen hinfällig geworden ».

(47) DÜRINGER-HACHENBURG, t. III, 1<sup>re</sup> partie, p. 152, § 327, Ann. 6. Cf. pour la France : LALOU, *Les femmes mariées dans les sociétés anonymes* in D. H. 1930, chronique, pp. 49 et s. Quand la femme est commanditaire ou associée tacite, il ne s'agit pas alors de l'exercice d'une profession indépendante au sens des §§ 1367 et 1405 BGB. et les gains ne deviennent pas réservés mais bien d'apport, ou biens communs quand il s'agit de régimes communautaires. Cf. GLITSCH, § 17, II, p. 187 ; ULLMANN, *die Ehefrau als Kommanditistin. Ist der Kommanditist Kaufmann ?* in LZ. 1.472, s. ; ENDEMANN, *Lehrbuch* 3, 346, Ann. 48 ; *Contra* : WIERUSZOWSKI, 2, 252. Cf. GLITSCH, p. 168 et note 7.

(48) Sous la communauté universelle, les sommes représentant la valeur des actions ne sont Vorbehaltsgut qu'au cas de contrat ou de libéralité le prévoyant ; sinon elles sont Sondergut parce qu'incessibles (§ 1439 BGB.) ; les règles qui s'appliquent au Sondergut sont celles afférentes à

Si nous rapprochons les solutions allemandes et françaises sous le rapport de l'entrée en société de la femme mariée, nous constatons que la femme allemande jouit d'une capacité plus étendue que la Française, bien que sa capacité personnelle ne soit pas entière. Mais notre étude confirme l'opinion antérieurement exposée que, dans la pratique, l'épouse allemande sera à peine plus indépendante de son mari que l'épouse française, parce qu'il lui faut le consentement marital pour engager ses biens d'apport ou en disposer ; or les questions de crédit jouent un rôle primordial lorsqu'il s'agit de faire partie d'une société.

l'Eingebrachtes sous la communauté d'acquêts ; cf. GLITSCH, § 17, I, 2 a, p. 186. Sous la communauté d'acquêts les fonds engagés par la femme peuvent être prélevés sur le Gesamtgut ; mais les actions acquises ne deviennent pas Gesamtgut, parce qu'elles sont incessibles ; elles sont, conformément au § 1522 BGB., biens d'apport. La situation est la même sous la communauté de meubles et acquêts. Cf. GLITSCH, I, 2 b, pp. 186 et 187.

---

# CHAPITRE III

## NATURE JURIDIQUE DES BÉNÉFICES DE LA FEMME COMMERÇANTE ET DE SON FONDS DE COMMERCE

---

### SECTION I

#### NATURE DES BÉNÉFICES

**163.** Avant 1907, les bénéfices de la femme commerçante suivaient en France les règles ordinaires applicables aux acquêts dans les régimes matrimoniaux (1). La femme était « démunie de tout pouvoir sur ses gains » (1<sup>a</sup>).

Depuis, on s'est demandé si le caractère de biens réservés pouvait être attribué à la totalité des bénéfices commerciaux, à cause de leur nature mixte de produits du travail et de rémunération du capital (2). Fallait-il faire la part de chacun de ces deux éléments et réserver aux produits un sort différent selon leur origine ?

(1) Cf. cependant la controverse sous le régime sans communauté, NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1307, pp. 824 et 825.

(1<sup>a</sup>) Cf. ESCARCA, n° 328, p. 326.

(2) MARGAT, pp. 149 et 196. Ce problème se pose bien entendu pour d'autres professions que pour la profession commerciale ; nous ne traitons le problème que pour cette dernière, mais il faudrait en appliquer les solutions à toute autre profession dans laquelle la femme emploie des capitaux.

De l'avis de M. Margat (3), les bénéfices commerciaux de la femme doivent être dans tous les cas biens réservés (4). Il s'appuie pour cela sur le rapport au Sénat de M. Guillier, qui met « les gains réalisés dans l'exploitation d'un fonds industriel ou de commerce sur la même ligne que les salaires proprement dits » (5).

De même, en Allemagne, les bénéfices commerciaux sont, sous le régime légal, intégralement biens réservés (6); mais, comme en France, seuls les bénéfices faits au cours du mariage (7) sont réservés, d'après l'interprétation la plus courante du § 1367 BGB. Cependant une convention contraire est possible en Allemagne alors qu'elle serait radicalement nulle chez nous.

L'ancien Landrecht prussien (§ 220) décidait que, lorsque l'entreprise n'était pas exploitée uniquement avec les biens réservés, les revenus avaient, en l'absence de convention contraire, le caractère d'apports et non de *Vorbehaltsgut* (8).

Au contraire, en vertu du BGB. (§ 1367), les bénéfices

(3) Pp. 153 et s.

(4) En ce sens, NAST in PL. et RIPERT, t. IX, n° 1333; PLANIOL, *Traité élém.*, t. III, n° 1045-5°; Jules WEIL, thèse citée, pp. 90 à 92; CENDRIER, n°s 706 et s., pp. 504 et s.; LALOU, note D. 1913.2.17. — *Contra*: BARTIN s/ AUBRY et RAU (5<sup>e</sup> éd., t. VII, n° 500 bis, p. 451 et p. 453, note 10) qui admet une ventilation, ainsi que BERNARD et BONNECASE, art. cité, pp. 31 et 32, ces derniers laissant au juge le soin d'opérer cette ventilation. — *Contra* aussi: PICHON, SOURDOIS, cités par MARGAT, p. 148, note 1; GUYON, thèse citée, pp. 85-91, qui admet un versement d'intérêts à la communauté.

(5) MARGAT, p. 154. Une objection soulevée là-contre a été réfutée définitivement par la confirmation orale du Sénateur GUILLIER. Cf. MARGAT, pp. 155 et 156.

(6) MARGAT, p. 177; GUYOT, thèse citée, p. 212; STAUB-BONDI, *Intr. Glé*, Ann. 47, p. 19; RGZ. 87, 100 et 127, 110.

(7) Pour la France: MARGAT, pp. 179 et 181. Pour l'Allemagne: LYON-CAEN, thèse citée, p. 211; GÉNY, art. cité, p. 172.

(8) Cf. JW., 15 septembre 1915, p. 1010.



sont bien réservés (8<sup>a</sup>), même quand le capital d'établissement était Eingebrahtes Gut (ceci n'est vrai que sous le régime légal ; les produits du travail ne peuvent être biens réservés sous les régimes communautaires qu'en vertu d'une convention matrimoniale).

Ainsi donc, quand le fonds est réservé (8<sup>b</sup>) il n'y a aucune difficulté ni en France ni en Allemagne ; les bénéfices sont a fortiori biens réservés. Quand la femme emploie des capitaux étrangers, les bénéfices sont réservés, mais elle doit des intérêts au tiers prêteur (9).

Lorsque les capitaux d'établissement sont, en France, des propres de la femme ou des biens communs et, en Allemagne, des apports de la femme, la question est plus compliquée. Certains auteurs français estiment que l'on doit procéder à une ventilation ou que la femme doit payer un intérêt. M. Margat admet cette solution sous le régime sans communauté (10) pour les propres, mais non sous la communauté (11).

En Allemagne, on n'admet pas la ventilation (12) ; la femme « ne doit payer des intérêts (au mari) que s'ils ont été expressément stipulés » (13).

En dehors du régime de droit commun, les bénéfices de la femme sont réservés en France, la loi de 1907 produisant ses effets indépendamment du régime, tandis qu'en Allema-

(8<sup>a</sup>) STAUDINGER, § 1367, Ann. 3 ; STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, p. 19, Ann. 47 ; WOLFF, § 46, I, 1<sup>e</sup>, p. 180.

(8<sup>b</sup>) GUYOT, thèse citée, p. 202 ; Jules WEIL, thèse citée, p. 91.

(9) Cf. MARGAT, p. 147.

(10) MARGAT, p. 170 ; si la femme a employé des deniers dotaux, il en est de même.

(11) D'après lui (p. 156), si le mari craint que la femme ne s'enrichisse aux dépens de la communauté, il n'a qu'à ne pas lui donner son autorisation.

(12) Cf. GUYOT, thèse, p. 212.

(13) Cf. lettre du professeur COSACK à M. GUYOT, thèse citée, pp. 212 et 213.

gne ils suivent le sort des acquêts en l'absence de convention contraire.

Sous la séparation de biens, les bénéfices commerciaux font naturellement partie du patrimoine personnel de la femme, mais elle est obligée de contribuer aux charges du ménage (13<sup>a</sup>).

Sous la communauté universelle, les gains de la femme tombent dans la masse commune (§ 1438 BGB.), à moins que le commerce ne soit exploité à l'aide de biens réservés (14).

Sous les autres régimes communautaires, les gains de la femme deviennent communs également (15), à moins que le fonds ne soit réservé (16).

Toutes ces règles ne sont que supplétives et ne s'appliquent qu'en l'absence de dispositions contraires dans le contrat de mariage.

Si nous voulons résumer la situation, la jouissance du mari sur le fonds de commerce disparaît sous tous les régimes en France et sous le régime légal en Allemagne ; les bénéfices constituent des biens réservés (17). Pratiquement, la femme allemande n'est donc désavantagée par rapport à la Française que lorsqu'elle est mariée sous un régime

(13<sup>a</sup>) Cf. GLITSCH in EHRENBURG, § 14-1 e, pp. 169 et 170.

(14) Cf. STAUB-BONDI, *Intr. Gle*, Ann. 47, p. 19 et cela en vertu des §§ 1440 et 1370 ; GLITSCH in EHRENBURG, § 14-1 b, p. 169. D'après Arthur SIMON (thèse, p. 36) il ne suffit pas que la femme exploite à l'aide de biens réservés, il faut encore que ce soit en l'absence de consentement du mari ; en présence de l'accord du mari, le commerce se fait avec le crédit du Gesamtgut et les gains deviennent communs. Cf. STAUB-BONDI, Ann. 48, p. 19 ; HÖRLE, p. 104 ; RGZ. 59, 25.

(15) §§ 1519 et 1524 BGB. ainsi que 1549 et 1554 BGB. Cf. STAUB-BONDI, Ann. 47, p. 19.

(16) Thèse A. SIMON, p. 37 et BGB., §§ 1526, 1370 et 1549. — *Contra* : GLITSCH, p. 169, qui, dans l'application du § 1524 al. 1 phrase 2, paraît oublier le § 1526 (qui renvoie au § 1440 BGB.).

(17) § 1367 BGB, en Allemagne.

communautaire, ce qui n'est pas fréquent ; il lui reste d'ailleurs la ressource dans ce cas de faire une convention dans son contrat de mariage.

En revanche, lorsque la femme allemande est mariée sous le régime légal, elle paraît mieux placée que la Française, car ce ne sont pas seulement ses gains (*Reingewinn*) qui appartiennent à la masse réservée, mais encore toutes ses acquisitions (*Erwerb*), en particulier le mobilier, les ustensiles, les créances (18). Nous ne savons si une interprétation aussi large est possible en France, mais nous croyons que lesdits biens ne deviennent réservés que lorsque la femme se les procure avec des capitaux eux-mêmes réservés, ces acquisitions ne pouvant rentrer sous la dénomination de produits du travail (19).

## SECTION II

### NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE EXPLOITÉ PAR LA FEMME, ET SORT DES APPORTS DE LA FEMME ALLEMANDE AFFECTÉS AU FONDS.

#### § 1. — Nature juridique du fonds

164. Pour faire l'étude intégrale de cette question, il faudrait examiner les multiples théories qui, en Allemagne et en France (1), ont été élaborées sur la nature juri-

(18) « Alle einzelnen im Geschäftsbetriebe erworbenen Vermögenstücke » ; STAUB-BONDI, Ann. 47, p. 19 ; GLITSCH in EHRENBURG, § 14, p. 167 et note 3 ; PLANCK, IV, p. 124 ; WOLFF, p. 181.

(19) Pour la plus-value, cf. *infra*, note 13, n° 166 et ESCARRA, t. I, n° 329, p. 328 ; Jules WEIL, thèse citée, pp. 97 et s. ; CENDRIER, n°s 709, p. 506 et 686, p. 491.

(1) Cf. ESCARRA, t. I, pp. 484 et s. (pour les doctrines allemandes, n°s 467 et s., pp. 488 et s.) ; CENDRIER, n°s 1 et s. et note 1, pp. 1 et 2 et n°s 76 et s., pp. 55 et s. Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n°s 175 et s., t. III, n°s 239 et s. et 285 et s. ; BOUTAUD et CHABROL, *Traité général*

dique du fonds de commerce en général, la loi n'ayant pris position ni dans un pays ni dans l'autre. Une telle étude dépasserait de beaucoup le cadre que nous nous sommes fixé ; il faudrait y envisager aussi toutes les solutions qui peuvent se présenter dans l'un et l'autre pays sous les divers régimes matrimoniaux.

Nous nous bornerons à faire porter nos recherches sur un point qui a particulièrement attiré l'attention des juristes allemands (2) et aussi celle des Français depuis 1907 : le fonds de commerce exploité par la femme est-il un bien réservé ou suit-il les règles ordinaires du régime ?

Suivant que l'on envisage le fonds de commerce comme étant ou non une universalité de droit, on pourra être amené à donner une solution unique pour l'ensemble du fonds ou des solutions différentes pour chacun des éléments constitutants : soit immatériels (clientèle, achalandage, droit au bail), soit matériels (capitaux, matériel, etc.) (2<sup>a</sup>).

Les études faites à propos de la femme laissent subsister

*des fonds de commerce et d'industrie*, ch. III, n<sup>os</sup> 59 et s. ; Jules VALÉRY, *Maison de commerce et fonds de commerce* in *Annales de droit comm.*, année 1902, pp. 209 et s. et pp. 269 et s. ; PLANIOL et RIPERT, t. III ; Alexandre PAPP, thèse, pp. 87, 98, 105 et 106, 121 ; GUYOT, p. 203 ; WIELAND, pp. 239 et s. ; PISKO, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien, 1907 ; Oskar PISKO, *Das Kaufmännische Unternehmen in Ehrenberg*, pp. 195 et s., spécialement pp. 204 et s. ; WOLFF in *Festgabe für Gierke*, pp. 120 et s. ; Voir J. v. GIERKE, pp. 46 à 60.

(2) Cf. MARGAT, p. 185.

(2<sup>a</sup>) La doctrine la plus récente en France et en Italie est opposée à l'idée d'autonomie du fonds de commerce (ESCARRA, t. I, n<sup>o</sup> 470, p. 490 et n<sup>o</sup> 471 ; M. ROTONDI, *Trattato di diritto dell' industria*, Vol. I, *Teoria generale dell' azienda*, Padoue, 1930, n<sup>o</sup> 30) ; elle diffère donc de la doctrine allemande qui admet l'existence d'un patrimoine autonome (ESCARRA, n<sup>o</sup> 470-2<sup>o</sup>, p. 491). L'universalité de fait n'implique pas de cohésion matérielle ; les éléments, malgré leur réunion, conservent leur individualité (ESCARRA, n<sup>o</sup> 472, p. 495). Voir aussi ESCARRA, n<sup>os</sup> 426 et s. et n<sup>os</sup> 464 et s.

une certaine obscurité par suite de la confusion des termes employés. Aussi bien les mots de *fonds de commerce* en France que celui d'*Unternehmen* (3) en Allemagne peuvent être pris dans des acceptions variées (4). Ils désignent tantôt l'ensemble du fonds tantôt chacun des éléments (4<sup>a</sup>) : on n'a pas précisé en général quels étaient les éléments du fonds envisagés ; dans la majorité des cas il semble que ce soit surtout le capital engagé dans l'affaire.

Le sort du fonds peut être différent suivant l'origine des capitaux employés par la femme ; nous envisagerons d'abord deux hypothèses simples pour lesquelles aucune difficulté ne se présente.

**A. — L'exploitation tout entière a été constituée  
avec des biens réservés**

**165.** Ce sera le cas d'un fonds constitué pendant le mariage, en Allemagne ou en France (5), avec des économies réalisées par la femme sur les produits de son travail. Il faut assimiler à ce cas celui où la femme, sans capital de premier établissement, aurait pris des marchandises à crédit et remboursé petit à petit le prêteur sur ses gains (6). Ce sera encore le cas d'un fonds constitué avant le mariage en Allemagne, pourvu qu'il ne comporte que des instru-

(3) On dit aussi *Geschäft*, *Handelsgeschäft*, *Erwerbsgeschäft*.

(4) Cf. WIELAND, p. 240 ; M. WOLFF, § 46, I, 1<sup>e</sup>, p. 181 ; J. VALÉRY, art. cité (en notre note 1 ci-dessus), p. 215 ; THALLER, n<sup>os</sup> 80-84 ; LYON-CAEN et RENAULT, n<sup>o</sup> 239. Cf. ESCARRA, n<sup>os</sup> 425 et s., pp. 419 et s., particulièrement n<sup>o</sup> 427, pp. 421 et s.

(4<sup>a</sup>) Pour les éléments constitutifs du fonds de commerce, cf. ESCARRA, t. I, pp. 424 et s., n<sup>os</sup> 429 à 463 ; CENDRIER, n<sup>os</sup> 86 et s., pp. 61 et s.

(5) DERNBURG, *Familienrecht*, p. 132, qui envisage seulement les éléments corporels (*Sachen*) ; Thèse WRONKER, p. 42 ; MARGAT, pp. 194 et 198 ; LACOUR et BOUTERON, t. I, p. 75 ; CENDRIER, n<sup>os</sup> 706 et s., pp. 504 et s.

(6) MARGAT, p. 199.

ments de travail, puisque ces derniers sont biens réservés légaux (§ 1366 BGB.) (7).

Dans tous les cas précités, le fonds tout entier, bénéfices et capital (8), est bien réservé et soustrait à l'ingérence du mari. Le fonds pourrait encore être réservé en Allemagne, mais là seulement, en vertu de conventions matrimoniales ou de libéralités (§§ 1368 et 1369 BGB.).

#### B. — La femme dirige l'exploitation avec des ressources étrangères

Elle a, par exemple, emprunté à un tiers son capital d'établissement ou elle est locataire d'un fonds.

Elle est alors, en Allemagne, débitrice à l'égard du tiers, mais le fonds est bien réservé et le mari n'a pas de droits sur lui, cette même solution ne paraît être admise en France que dans des cas exceptionnels (9).

Si la femme est locataire du fonds, elle ne peut faire d'acte de disposition relativement aux locaux, mais elle est propriétaire des marchandises qui sont biens réservés ; il lui faut seulement rendre à la fin de l'exploitation des produits de même qualité (10).

Les deux hypothèses précédentes ne se rencontrent que rarement dans la pratique ; le cas le plus fréquent est celui où la femme emploie dans son exploitation, poursuivie ou

(7) MARGAT, p. 187, qui cite un atelier de blanchisserie ou de repassage. Cette éventualité ne peut être envisagée en France où les instruments de travail ne sont pas automatiquement biens réservés. Cf. MARGAT, p. 197.

(8) GUYOT, thèse citée, p. 202 ; MARGAT, pp. 194 et 198.

(9) Thèse WRONKER, p. 42 ; THIELE, art. cité, p. 344 ; WIERUSZOWSKI, t. II, p. 278 ; GUYOT, thèse citée, pp. 202, 203 et 233 ; MARGAT pp. 198 et 199. Cf. CENDRIER, n° 708 *in fine*, p. 506.

(10) GUYOT, thèse citée, p. 203 (pour l'Allemagne).



créée pendant le mariage, des capitaux lui appartenant à titre de biens non réservés ou appartenant au mari. C'est alors que vont se produire des conflits entre l'indépendance reconnue à la femme par le BGB. ou la loi de 1907 et les droits du mari sur ses biens ou ceux de la femme.

**C. — La femme exploite avec ses biens non réservés  
ou avec les biens du mari ou de la communauté**

**166.** Il ne se présente aucune difficulté quand la femme exploite avec ses biens personnels sous un régime séparatiste tel que la séparation de biens (11) ; que ce soit en France ou en Allemagne, le fonds tout entier fera partie du patrimoine de la femme et sera soumis à son administration et sa jouissance.

Au contraire, la situation devient plus complexe quand la femme fait le commerce avec des capitaux qui, tout en étant sa propriété, sont, de par le régime matrimonial, soumis à l'administration et à la jouissance du mari.

**a) SITUATIONS DIVERSES EN FRANCE**

Nous nous trouverons dans un de ces cas en France, quand le fonds est exploité après le mariage avec les biens du mari ou les biens dotaux, ou encore sous les régimes communautaires avec des biens communs ou des propres de la femme. Dans tous ces cas, le fonds n'est pas considéré comme réservé (12) ; les capitaux fournis par le mari ou la communauté ne se transforment pas ipso facto et ne

(11) Ou le régime dotal en France ; si la femme exploite avec des paraphernaux, le fonds est paraphernal.

(12) Cf. cependant BAUDRY-LACANTINERIE ; d'après lui, le fonds de commerce créé pendant la communauté par la femme serait toujours un bien réservé ; la communauté aurait seulement droit à récompense (cité par MARGAT, p. 199, note 1 et p. 200).

font pas de l'établissement de commerce un bien réservé (13).

Le fonds sera donc propre, dotal ou bien commun ordinaire (14) d'après le régime ou les conventions matrimoniales (15)'; il en sera de même lorsque le fonds a été apporté en mariage par la femme.

Dans tous ces cas le fonds, n'étant pas réservé, est soumis à la jouissance du mari qui peut toujours en réclamer la possession, sauf si la femme s'est réservé par contrat la gestion d'un fonds propre ou dotal (16).

b) CAS OU LA FEMME ALLEMANDE EXPLOITE LE FONDS  
AVEC SES BIENS D'APPORT

167. La question qui s'est posée le plus fréquemment en Allemagne (17) est la suivante : lorsque la femme, mariée sous le régime légal, exploite son commerce avec des capitaux faisant partie de ses biens d'apport (*Eingebrachtes Gut*), le fonds ou le capital de premier établissement ont-ils le caractère de bien d'apport ou de bien réservé (en l'absence de convention naturellement) ?

Ce problème ayant suscité une ardente controverse, c'est à son étude que nous nous bornerons (18).

(13) BERNARD et BONNECASE, art. cité, pp. 32 et 33 (en cas de plus-value ils admettent une ventilation).

(14) Arrêt de la Cour de Douai du 1<sup>er</sup> avril 1912, *Gaz. des Trib.* 15 juin 1912, D. 1913.2.17, note LALOU ; COLIN et CAPITANT, t. III, p. 67 ; CENDRIER, n° 708, p. 506.

(15) Cf. MARGAT, p. 200 ; NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, p. 213, n° 175. Les fonds de commerce comme meubles incorporels (cf. PL. et RIPERT, t. III ; thèse PAPP, pp. 2 et 3) tombent dans la communauté sous le régime légal, mais restent propres sous la communauté réduite aux acquêts quand ils étaient possédés avant le mariage ; NAST in PL. et RIPERT, t. VIII, p. 445, n° 407.

(16) MARGAT, pp. 197 et 198.

(17) MARGAT, p. 195 ; Thèse Arthur SIMON, § 8, p. 36 ; Thèse WRONKER, pp. 41, 42 et s.

(18) Nous rappelons qu'en dehors du régime légal, le fonds ne saurait

Nous croyons pouvoir affirmer que, dans l'état actuel du droit, le fonds créé pendant le mariage avec un capital d'établissement emprunté aux apports de la femme conserve la qualité d'Eingebrachtes Gut (19). De même, le fonds apporté en mariage par la femme, exception faite du cas où il est constitué uniquement d'instruments de travail (20), tombe dans l'Eingebrachtes à moins de convention contraire (21) ; la solution est donc la même qu'en France ; à de rares exceptions près, le fonds suit les règles ordinaires du régime.

168. Dans les grandes lignes, on peut considérer que les auteurs allemands ont soutenu trois théories (22) ; d'après l'une le fonds est bien d'apport ; d'après une autre, il est bien réservé ; d'après une troisième, il faut distinguer le fonds, pris en lui-même, de certains de ses éléments et la solution donnée ne peut être unique. Nous allons retracer toute l'évolution de la controverse.

Il est bon d'observer tout d'abord que nous sommes ici en présence d'une lacune de la loi, le BGB. n'ayant pas pré-

être réservé qu'en vertu d'une convention (cf. L. LYON-CAEN, thèse, p. 250 ; MARGAT, p. 185). Sinon il sera, suivant les régimes, Eingebrachtes Gut, Gesamtgut ou Sondergut, c'est-à-dire bien séparé ; cf. GUYOT, p. 203 et MARGAT, pp. 187 et 188, qui parle à tort de Sondergut dans la communauté réduite aux acquêts, les biens séparés n'existant que sous la communauté universelle. Cf. Martin WOLFF, § 60, III et IV, pp. 235 et 236. Ce terme peut d'ailleurs prêter à confusion, car le texte allemand du Code Civil Suisse nomme Sondergut ce que le BGB. nomme Vorbehaltsgut, c'est-à-dire les biens réservés des époux (CCS. éd. dans les trois langues nationales, art. 190 et s.).

(19) Cf. MARGAT, p. 189 ; GUYOT, p. 203.

(20) Cf. *supra*, n° 165 et note 7 relative à ce n°.

(21) MARGAT, pp. 197 et 198. Cf. *supra*, n° 102.

(22) Certains auteurs distinguent suivant que le fonds a été apporté en mariage ou créé pendant l'union ; nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire cette distinction. En ce sens, WRONKER, thèse, p. 42 ; cf. DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle.*, ann. 34 ; GLITSCH, § 14 et s., p. 167.

cisé la condition du fonds (23), mais seulement celle des gains (*Erwerb*, § 1367 BGB.).

La plupart des auteurs (24), à la suite des motifs (25), ont soutenu qu' lorsque la femme exploite un commerce à l'aide de capitaux et d'éléments matériels (*Betriebsmittel, Geschäftsvermögen*) provenant des biens d'apport, seuls les bénéfices ont le caractère de biens réservés, tandis qu'en l'absence de convention le fonds est bien d'apport. Ceci laisserait éventuellement subsister sur le fonds tous les droits que le mari possède sur l'Eingebrachtes (26).

Certains auteurs pour parer à ces inconvénients et à ceux qu'entraîne la dualité de caractère des bénéfices et du fonds lui-même (27), inventèrent une ingénieuse théorie basée sur le § 1366 BGB.

Ce fut d'abord M. *Max Hachenburg* (28) qui élargit la notion d'*Arbeitsgeräte* (instruments de travail) en y faisant rentrer ce que la femme utilise en tant que capital (29) (*Gewerbekapital*) dans son entreprise indépendante lors de la conclusion du mariage ; le capital fait ainsi partie des biens

(23) Thèse WRONKER, p. 41 ; RGR., § 1367, ann. 5.

(24) Cf. STAUB-BONDI, t. I, *Intr. Gle*, ann. 46, p. 18 ; PLANCK-UNZNER, § 1367, ann. 67 ; ULLMANN, 7 ; HÖRLE, pp. 44 et 45 ; STAUDINGER-ENGELMANN, § 1367, ann. 3 c ; cf. GUYOT, thèse, p. 203 ; thèse Arthur SIMON, p. 36 ; thèse WRONKER, p. 43 et note 4 ; MARGAT, pp. 195 et s. ; RGR., § 1367, ann. 5 ; Jurispr. RGZ. 84, 54, 87, 101, 127, 110-OLGE. 34, 249 et s. — KG. in *Recht* 1920, n° 1901. Cf. GLITSCH, § 14, p. 167.

(25) T. IV, p. 176.

(26) Cf. *infra*, n° 176.

(27) Les premiers étant biens d'apport et le second bien réservé.

(28) In *Das bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich*, p. 391. Cf. thèse GUYOT, p. 206. Dans le même sens que HACHENBURG, les deux premières éditions du *Commentaire du HGB.* de DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle*, ann. 68. Cf. thèse KIESER, p. 17.

(29) « Es muss die dem § 1366 zu Grunde liegende Idee dahin ausgedehnt werden, dass dasjenige, was die Frau bei Eingehung der Ehe an *Gewerbekapital* in ihrem Geschäft benützt, ihr Vorbehaltsgut zu bleiben hat », p. 392.

réservés. Etant donné les considérations qui précèdent dans le contexte, M. Hachenburg paraît envisager plus particulièrement les choses consommables, c'est-à-dire le capital circulant (*Umlaufsmittel*) et non le capital fixe.

Cette thèse fut immédiatement critiquée ; *Dernburg* lui-même la trouva discutable, mais la reprit sous une autre forme (30). Il interpréta extensivement non plus le terme *Arbeitsgeräte*, mais l'expression contenue dans le même § 1366 BGB. : « *ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen* » ; il faut entendre par là, d'après lui, tous les biens corporels dont la femme fait un usage indépendant ; par suite, les biens corporels (*Sachen*) (31) destinés par la femme à l'exercice de sa profession font partie du *Vorbehaltsgut*, les instruments de travail n'étant cités par la loi qu'à titre d'exemple.

Selon *Dernburg*, cette large interprétation est légitime puisque, d'après le § 1363 BGB., est *Eingebrachtes Gut* ce qui tombe sous la jouissance et l'administration du mari. Du moment que l'*Erwerbsgeschäft* n'est pas soumis à cette jouissance (32), il n'est pas bien d'apport (33).

(30) *DERNBURG, Familienrecht*, § 40, I, 2, pp. 130 et 131 et *DJZ.* 1902, pp. 465 et s. Cf. *KIESER*, thèse, p. 18 ; cf. *ULLMANN*, p. 15 ; *WIERUSZOWSKI*, t. I, p. 148 ; *THIELE*, art. cité, pp. 307 et s. ; *STAUDINGER*, § 1366, ann. 3 ; *RGR.*, § 1366, ann. 3. Cf. *Arthur SCHMIDT*, p. 192 ; *STAUB-BONDI, Intr. Gle.*, ann. 46 ; *LYON-CAEN*, pp. 275 et s. ; *GUYOT*, pp. 206 et s. ; *MARGAT*, pp. 190 et s. — Récemment, deux auteurs ont repris sensiblement la théorie de *DERNBURG* ; ce sont *MATTHIAS*, thèse, pp. 25 et s. et *JUNG in Bürgerliches Recht*, § 296, p. 1081.

(31) Qui comportent les espèces et même les titres au porteur.

(32) Cf. *supra*, n° 163.

(33) Cf. *PLANCK*, t. IV, § 1417, p. 103, ann. 3 ; *COSACK*, p. 168 ; thèse *KIESER*, p. 19 ; *ENDEMANN* (t. II, § 175-3 c) compte comme *DERNBURG*, en outre des instruments de travail, tous les « *Betriebsmittel* » utilisés dans l'entreprise de la femme, mais il abandonne le terrain du § 1366, se basant sur la considération suivante : il est impossible que le BGB. ait voulu ménager au mari le droit de paralyser à volonté l'affaire de la

On peut opposer à cette théorie que la loi ne donne nulle part une définition de l'Eingebrachtes Gut ni du Vorbehaltsgut et que l'extension des termes du § 1366 BGB. est considérée comme inadmissible par la plupart des auteurs (34) ; d'après eux le § 1366 est une disposition d'exception qui ne peut par suite s'interpréter que restrictivement ; la règle est en effet que le patrimoine de la femme est constitué par des biens d'apport (cf. § 1363 BGB.).

Cette objection nous paraît irréfutable étant donné les termes catégoriques de la loi (35) ; d'autre part, comme le dit M. Margat (36) à la suite de Planck, si le droit de jouissance du mari est supprimé, il n'en est pas de même du droit d'administration qui n'est que fractionné.

169. On crut un moment que, sous l'impulsion des idées nouvelles sur l'émancipation de la femme, la *Jurisprudence* allait adopter la thèse de Dernburg qui fut en effet soutenue par l'Oberlandsgericht de Dresde (37) dans sa décision du 27 janvier 1904.

Mais, lorsque le Reichsgericht (38) eut à statuer en cette affaire, dans son arrêt du 29 septembre 1904 il ne prit pas

femme ou de s'y introduire en se réclamant de son droit d'administration. Cf. KIESER, pp. 14 et 18.

(34) GLITSCH in EHRENBURG, t. II, p. 167 ; STAUB-BONDI, t. I, *Intr. Gle.*, ann. 46 ; PLANCK, § 1367, ann. 7 ; STAUDINGER, § 1366, ann. 3 c ; RGR., § 1367, ann. 5 ; WOLFF, § 46, I, 1 c ; ULLMANN, *Güterrecht*, p. 6 et *JW.* 1902, p. 49 ; WIERUSZOWSKI, t. II, p. 234, note 19 ; HÖRLE, p. 45 ; thèse KIESER, pp. 18 et 19 et note 31 ; LYON-CAEN paraît favorable à cette thèse, pp. 275 et s. ; *Jurispr.* : laissant la question non résolue, RGZ. 59, 29 et 84, 47. — En sens contraire à DERNBURG, RGZ. 87, 100 ; 127, 115. — Dans le sens de DERNBURG, OLGE. 9, 151.

(35) Cf. GUYOT, pp. 209 et 210. — *Contra* : LYON-CAEN, qui ne la trouve pas pertinente, thèse, p. 277.

(36) Pp. 192 et s. et p. 188. Sur ce point, cf. *supra*, n° 178 et note 91 correspondante.

(37) DJZ. 1906, p. 315 et OLGE., t. IX, p. 151. Cf. thèse KIESER, p. 18 ; GUYOT, thèse citée, p. 208 et MARGAT, p. 193 et note 2.

(38) RGZ. 59, 25 et s. ; DJZ. 1906, p. 315, cité in *JW.* 1915, p. 1010.



position, mais se contenta d'exprimer l'opinion suivante : il était conforme à l'équité et aux exigences de la vie juridique (*Bedürfnis des Rechtsverkehrs* (39) que la femme conservât à titre de bien réservé le fonds (*Erwerbsgeschäft*) qu'elle exploitait avant le mariage et continuait avec le consentement du mari ; mais on pouvait se demander si cette solution était en accord avec le droit alors en vigueur ; en tout cas les époux avaient toujours la possibilité, pour faire du fonds un bien réservé, de conclure un contrat de mariage (40) ; toutefois le Reichsgericht estimait que dans l'espèce il n'y avait pas à prendre parti.

Un jugement du tribunal de Cassel (41) du 13 avril 1908 « s'écarte manifestement, nous dit M. Guyot (42) du système de Dernburg ».

Selon certains auteurs allemands (43), le point qui nous occupe était un des seuls sur lesquels le BGB. laissait à désirer dans le domaine du régime matrimonial. Le Reichsgericht se vit donc obliger de recourir à une véritable création jurisprudentielle. L'expédient du contrat de mariage, s'il a sans doute été utilisé, comme l'affirme M. Mitteis, n'est cependant pas populaire en Allemagne (44).

Lorsque le Reichsgericht eut ensuite à intervenir, il rejeta implicitement mais définitivement la thèse de Dernburg, en faisant siennes les conclusions du Kammerge-

(39) RGZ. 59, p. 29 et H. MITTEIS in *Reichsgerichtspraxis*, t. III, p. 211. Cf. thèse WRONKER, p. 45, d'après qui cette opinion prouve que la solution donnée depuis par le Reichsgericht n'est pas en accord avec les besoins économiques.

(40) RGZ. 59, p. 29. Cf. RGZ. 87, 103.

(41) *Seuff. Arch.* 1909, p. 102. Cf. MARGAT, p. 193, note 2.

(42) Thèse, p. 209.

(43) MITTEIS, *loc. cit.*, p. 211. Cf. WRONKER, p. 46.

(44) Cf. DERNBURG, DJZ. 1902, pp. 465 et s., cité par GUYOT, p. 206. Cf. LYON-CAEN, thèse citée, p. 275 et WRONKER, thèse citée, p. 46. Cf. MITTEIS, *loc. cit.*

richt (45) qui défendait l'opinion commune. Dans un arrêt très important du 28 juin 1915 (46), le Reichsgericht déclare en effet que le fonds exploité indépendamment par la femme (*selbständig betriebenes Erwerbsgeschäft*) est bien d'apport (*Eingebrachtes Gut*), les gains seuls étant biens réservés. Pour des raisons que la Cour Suprême approuve, le Kammergericht n'avait pas admis que la part elle-même (*Beteiligung*) de la femme dans la société fût *Vorbehaltsgut* parce que le *Vorbehaltsgut* est l'exception et que les §§ 1366 à 1370 BGB. doivent être appliqués restrictivement (47) ; voilà qui réfute la thèse de Dernburg.

Le Reichsgericht dit que le point de vue du Kammergericht, d'après lequel sont biens réservés en vertu du § 1367 seuls les gains (*Erwerb*) et non le fonds lui-même ni le capital qui y est engagé (*das dem Unternehmen dienende Vermögen der Frau*), non seulement correspond à la conception prédominante dans la doctrine, mais est en outre en accord avec la jurisprudence du Reichsgericht. Si, en effet, dans son arrêt du 29 septembre 1904 le « Senat » (48) n'a pas pris parti, il a résolu la question dans le même sens que le Kammergericht dans son arrêt récent du 26 avril 1915 (49) et en gros pour les mêmes motifs. Le Reichsgericht ne nie pas les inconvénients (49<sup>a</sup>) d'une semblable théorie, mais il estime que ces derniers ne changent rien au fait que, dans le § 1367 BGB., seul le gain est déclaré *Vorbehaltsgut*.

M. Mitteis (50) dit que le Reichsgericht infère du § 1367

(45) Cour de Berlin.

(46) RGZ. 87, 100, rapporté dans la *Juristische Wochenschrift* du 15 septembre 1915, p. 1008.

(47) C'est l'argument développé par GLITSCH et STAUB. Cf. *supra*, n° 168, note 24. Cf. GUYOT, thèse citée, p. 209.

(48) Nom donné aux Chambres des Cours.

(49) RG. 26.4.15, IV, 447/14. Cf. RGR. § 1367, ann. 3, p. 82.

(49<sup>a</sup>) Voir sur ce point WOLFF, § 46, I, 1 c, p. 181.

(50) P. 211 in *Reichsgerichtspraxis*, t. III.

BGB. par a contrario que le fonds lui-même (Erwerbsgeschäft) est bien d'apport et cet auteur émet en 1929 le vœu que si la question se représente devant la Cour Suprême, elle veuille bien s'inspirer de la théorie élaborée entre temps par la doctrine.

170. Il s'agit de la théorie du Professeur Martin Wolff (51) qui tire des conséquences, au point de vue du régime matrimonial, de la distinction entre le fonds pris en lui-même (*Unternehmen*) et les biens qui y sont affectés (*Geschäftsvermögen*) (52) ; cette distinction lui permet d'étendre le champ des biens réservés et sa théorie se présente comme une sorte de compromis entre l'opinion généralement admise et celle de Dernburg. D'après le Professeur Wolff, le fonds considéré en soi (*Unternehmen*) est *Vorbehaltsgut*. Puisque le BGB., en déclarant les revenus biens réservés, soustrait le fonds à la jouissance maritale, c'est donc qu'il ne le considère pas comme bien d'apport, car on ne peut envisager dans le droit matrimonial une séparation de l'administration et de la jouissance telle qu'elle existe dans les rapports entre parents et enfants (53).

(51) In *Familienrecht*, § 46, I, 1<sup>e</sup> et in *Berliner Festgabe für Gierke*, t. II, p. 120<sup>15</sup>. Le commentaire du HGB. de DÜRINGER-HACHENBURG, t. I, *Intr. Gle.*, ann. 68, qui, dans ses deux premières éditions suivait la théorie de HACHENBURG, a adopté depuis la troisième édition celle du Professeur WOLFF. Cf. WRONKER, p. 54.

(52) Sur la distinction entre *Unternehme* et *Geschäftsvermögen*, cf. WIELAND, pp. 240 et s.; OPIKOFEK, p. 136 ; HEINSHEIMER, § 17 a ; DÜRINGER-HACHENBURG, § 25, II, 2 ; PISKO in EHRENBURG, t. II, § 21, p. 204. Nous croyons que, par *Unternehmen*, M. WOLFF entend surtout les droits immatériels, cf. WRONKER, p. 56.

(53) M. WOLFF, § 46, I, 1<sup>er</sup> α, p. 181 et p. 158, note 29, § 41, IV, 1 ; cependant, d'après M. WOLFF lui-même, cette séparation entre administration et jouissance existe pour le *Sondergut* (biens séparés) sous la communauté universelle et pour les biens d'apport sous les deux autres régimes communautaires, l'administration appartenant au mari et la jouissance à la main commune (*der gesamten Hand*), § 47, note 1,

Quant aux biens utilisés dans le fonds (die dem Unternehmen dienenden Gegenstände) ou « Geschäftsvermögen » (54), ils peuvent être Vorbehaltsgut ou biens d'apport. Les biens d'apport corporels qui « travaillent » dans l'entreprise ne deviennent biens réservés que si le mari les abandonne à la femme en vue du commerce de cette dernière (55) ; dans le cas contraire, ils restent biens d'apport.

M. Mitteis se rallie à l'opinion du Professeur Martin Wolff ; d'après lui le BGB. entendait seulement par Erwerbsgeschäft les éléments isolés (einzelne Aktiva) tels que objets inventoriés, approvisionnements, soldes en caisse, créances, mais ignorait la notion de fonds « Unternehmen » considéré comme un complexe abstrait de biens corporels, de droits, de clientèle, etc. (56). La loi n'ayant pas envisagé la situation du fonds pris en lui-même, on est en présence d'une lacune à combler.

Cette distinction entre le fonds en soi qui serait bien réservé et les biens destinés au fonds qui seraient, suivant

(54) D'après M. WIELAND, p. 244, le « Handelsvermögen » c'est l'ensemble des droits subjectifs appartenant au commerçant, c'est-à-dire les biens corporels et incorporels, pourvu qu'ils soient utilisés dans le commerce : biens corporels meubles et immeubles, marchandises, matières premières, produits fabriqués, espèces et titres, installations, livres, correspondances, médailles, diplômes, constructions, droits de créance, droits d'auteur, d'inventeur, droit à la marque ou à la firme. D'après lui, ne font partie de l'actif du « Geschäftsvermögen » que les biens qui ont une valeur en eux-mêmes, qu'on peut évaluer sous la forme d'une somme d'argent, par opposition aux éléments du patrimoine dont la valeur est conditionnée par la valeur totale variable du fonds, telle que firme, marque, etc.

Nous pensons que par « Geschäftsvermögen » M. WOLFF entend plus particulièrement les biens corporels mobiliers, tels que : espèces, marchandises destinées à être vendues, titres, et aussi le « Anlagekapital » ou capital de premier établissement. Cf. WRONKER, p. 58.

(55) Sur ce point, voir *infra*, n° 177.

(56) « Als idealer Komplex von Sachen, Rechten, Chancen u. s. w. ». Cf. MITTEIS in *Reichsgerichtspraxis*, t. III, p. 211 et in *Familienrecht*, p. 45,

les cas, biens d'apport ou biens réservés est combattue par M<sup>lle</sup> Ilse Wronker et par M. Wolfgang Kieser dans leurs thèses (57). M<sup>lle</sup> Wronker oppose que les §§ 1363 et 1365 ne donnent de définition ni de l'Eingebrachtes Gut ni du Vorbehaltsgut. Selon M. Kieser il ne suffit pas qu'un bien soit soustrait à la jouissance et à l'administration du mari pour qu'il devienne bien réservé ; au contraire, le § 1367 a voulu conserver à l'Erwerbsgeschäft la qualité de bien d'apport malgré que la jouissance et l'administration du mari soient exclues (58).

D'après M<sup>lle</sup> Wronker (59), qui estime comme M. Mitteis être en face d'une lacune de la loi, il faut chercher une méthode d'interprétation.

Si l'on considère comme exhaustive l'énumération, faite par le BGB. des biens appartenant au Vorbehaltsgut, l'Erwerbsgeschäft rentrerait alors dans la catégorie des biens d'apport ; mais ces derniers sont, d'après le § 1363, soumis à la jouissance et à l'administration du mari, tandis qu'en vertu du § 1367 les produits de l'Erwerbsgeschäft sont biens réservés ; on est donc en présence d'une véritable contradiction qui ne peut recevoir de solution logique. Puisqu'il y a dans la loi une lacune certaine, il appartient au juge de la combler en s'inspirant des principes généraux et en pesant les intérêts en présence ; d'après M<sup>lle</sup> Wronker, les intérêts qui doivent l'emporter sont ceux de la femme, à qui la loi a voulu accorder l'indépendance et la possibilité d'exercer une profession, au besoin contre la volonté de son mari. Cette interprétation nous paraît purement prétorienne (60).

(57) KIESER, thèse, p. 21 ; WRONKER, thèse, p. 56.

(58) KIESER, thèse, p. 21 et p. 26. Dans le même sens que WOLFF. COSACK, t. II, 2<sup>e</sup> partie, § 53, II, 1 a β ; cf. WRONKER, pp. 63 et 65 et s.

(59) Thèse, pp. 66 et s.

(60) M. KIESER dans sa thèse, p. 20, n'admet pas ici de création jurisprudentielle.

171. Quoi qu'il en soit, le Reichsgericht a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur ce point dans une espèce relativement récente ; loin d'adopter la solution préconisée par MM. Wolff et Mitteis, il s'en est tenu à sa jurisprudence antérieure .

En effet, dans son arrêt du 17 janvier 1930 dans l'affaire R. contre frau Go. (61), le Reichsgericht déclare avoir adopté dans un arrêt antérieur (62) l'opinion selon laquelle « deviennent seuls biens réservés les gains de la femme provenant de l'exercice de son commerce indépendant, mais non le fonds lui-même (*das Geschäft selbst*) ni le capital d'établissement (*Stammvermögen*) que la femme y a engagé. Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette opinion juridique qui domine aussi dans la doctrine ».

172. Quoi qu'on puisse en penser *de lege ferenda* (62<sup>a</sup>) il nous paraît donc bien acquis que le fonds lui-même et le capital de premier établissement doivent être considérés comme étant biens d'apport en l'absence de convention contraire, à moins que le fonds n'ait été constitué avec des biens antérieurement réservés.

Si nous voulons tenter maintenant de rapprocher les solutions du droit allemand de celles du droit français, nous constatons que l'on arrive, suivant les termes de M. Margat (63), « au même phénomène de dissociation juridique »

(61) RGZ. 127, pp. 115 et 116. D'après M<sup>lle</sup> WRONKER la théorie du Reichsgericht ne correspond point aux nécessités de la pratique, sans quoi il n'aurait pas besoin de renvoyer à l'expédient du contrat de mariage (thèse précitée, p. 46).

(62) RGZ. 87, p. 100.

(62<sup>a</sup>) D'après M. MARGAT, p. 194, le système qui ne fait pas du fonds un « Vorbehaltsgut » est défectueux, car il « méconnaît l'unité économique du fonds de commerce et menace la sécurité de la femme » ; cf. WOLFF, § 46, I, 1 c, p. 181.

(63) Pp. 195, 196 et 202. Il regrette que le législateur français n'ait pas été mieux informé des difficultés suscitées en Allemagne, ce qui



dans l'un et l'autre pays, à une même dualité de nature du fonds et des bénéfices, le premier suivant les règles ordinaires du régime alors que les seconds sont biens réservés. Ceci crée de grandes complications dans la pratique, en particulier des difficultés de ventilation, si les bénéfices n'ont pas été dès l'abord séparés des capitaux dans la comptabilité.

Une fois admis qu'en règle générale le fonds de commerce en Allemagne n'est pas bien réservé, mais suit les règles ordinaires du régime, un problème subsidiaire va se poser, celui du sort des biens d'apports affectés au fonds de la femme.

## § 2. — Sort des biens d'apports affectés au fonds de commerce de la femme allemande

**173.** Cette question étant en étroite dépendance avec le problème de la nature juridique du fonds de commerce, il ne faut pas nous étonner de constater le silence de la loi à son sujet.

Le seul texte en présence duquel on se soit trouvé est l'Exposé des Motifs (64), la théorie qui y est développée n'est pas satisfaisante ; ses contours sont vagues et ses résultats imprécis (65). D'après elle, lorsqu'au cours de l'union conjugale le mari abandonne des biens d'apport à la femme en vue de l'entreprise de cette dernière, lesdits biens ne deviennent pas *ipso facto* réservés ; ils gardent leur qualité d'apports et le mari conserve sur eux les droits qu'il a sur l'Ehegut en général. Toutefois l'abandon (Überlassung) des biens d'apport fait par le mari implique son consentement à un acte de disposition de la part de la

l'aurait sans doute amené à aborder le problème de front ; cf. GUYOT, p. 204. Pour les difficultés de ventilation, cf. MARGAT, pp. 189 et 190.

(64) Mot., t. IV, pp. 176 et 177.

(65) Selon certains auteurs, il ne faut pas attribuer une trop grande importance aux *Motifs* sur ce point. Cf. LYON-CAEN, thèse, p. 273, note 1, Cf. WRONKER, p. 52,

femme, et, à partir du moment où la femme a « disposé », des biens envisagés, ceux-ci se séparent des biens d'apport et le produit des opérations d'échange tombe dans les biens réservés (66).

174. Nous ne croyons pas que les valeurs acquises en remplacement des apports affectés au fonds deviennent ici biens réservés en vertu de la subrogation réelle, comme l'expose M. Lyon-Caen (67) ; nous croyons plutôt qu'elles ne deviennent pas biens d'apports parce que le BGB. ne connaît pas le principe général de la subrogation réelle pour l'Eingebrachtes Gut ; il n'en fait qu'une application particulière lorsque le mari acquiert des objets mobiliers aux frais de biens d'apport (§ 1381 BGB.).

D'après les références aux paragraphes du 1<sup>er</sup> projet, il semble que le rédacteur des Motifs considère en premier lieu que les biens d'apport dont la femme a disposé se séparent de l'Ehegut (ou Eingebrachtes Gut) parce que le mari n'a plus sur eux les droits de jouissance et d'administration que la loi lui accorde sur les biens d'apport ; en effet, le droit de jouissance du mari ne comporte pas, comme celui d'un usufruitier ordinaire, le droit de suite (§ 1293 du 1<sup>er</sup> projet). Le rédacteur des Motifs considère en outre que tout ce que la femme acquiert dans l'exercice de sa profession indépendante devient bien réservé en vertu du § 1289 du 1<sup>er</sup> projet (§ 1367 BGB.) (68), sans restriction

(66) MOTIVE, t. IV, pp. 176 et 177 : « Durch die Verfügung über die betreffenden Gegenstände scheiden die letzteren aus dem Ehegute aus (§ 1293) ; der Erlös aus den Umsatzgeschäften fällt aber nach § 1289 nicht in das Ehegut, sondern wird Vorbehaltsgut » ; les §§ auxquels il est fait allusion ici sont ceux du premier projet ; leur numérotage ne correspond pas à celui des §§ du BGB.

(67) Cf. thèse citée, p. 275. — *Contra* : GUYOT, thèse, p. 205 ; cf. MARGAT, p. 194.

(68) En ce sens, STAUDINGER, § 1367, ann. 2 ; cf. LEHMANN, § 15. a γ, p. 87 et 1 e γ, p. 89.

pour les acquisitions faites au moyen de l'Eingebrachtes.

Pour admettre la théorie de la subrogation réelle de M. Lyon-Caen, il faudrait introduire dans la suite du raisonnement une proposition intermédiaire et dire que, lorsque les biens affectés au commerce de la femme se séparent des apports, ils deviennent réservés, le BGB. ne connaissant que deux masses de biens dans le patrimoine de la femme sous le régime légal ; les valeurs acquises en remplacement deviendraient alors biens réservés en vertu de la subrogation réelle.

175. M. Lyon-Caen conclut de ses développements que le capital initial va petit à petit se transformer en bien réservé (69). Sous cette forme brutale, la proposition ne nous paraît ni exacte ni conforme à la théorie des Motifs (70). Nous avons vu précédemment que, lorsque la femme fait le commerce avec des ressources étrangères, tout ce qu'elle acquiert devient réservé, à charge par elle de payer des intérêts et de rembourser le prêt (71) ; nous croyons qu'il se produit ici un phénomène du même genre. A partir du moment où la femme a disposé des biens d'apport affectés à son fonds, tout se passe comme si l'Eingebrachtes lui avait prêté une somme ; ce qu'elle acquiert avec ces ressources devient bien réservé, mais on peut se demander s'il ne subsiste pas pour la femme une dette envers l'Eingebrachtes Gut, de même qu'elle a une dette envers le tiers prêteur. La question est soulevée dans l'Exposé des Motifs, mais non résolue. Le rédacteur dit qu'il

(69) Thèse, p. 273.

(70) Elle est contraire à la jurisprudence constante du RG., conformément à laquelle le capital initial (Stammvermögen) engagé dans l'affaire conserve la qualité d'Eingebrachtes quand il a été emprunté à cette masse. — Cf. GUYOT, thèse citée, pp. 205 et s. et p. 212, où il reproduit la lettre du Professeur COSACK ; MARGAT, p. 194.

(71) Cf. *supra*, n° 163 et note 9 correspondante.

n'y a pas de raison de soustraire à l'Ehegut de façon permanente, même après cessation du commerce, les apports abandonnés à la femme. D'après lui, c'est au juge qu'il appartiendra de décider, suivant les circonstances, si et dans quelle mesure la femme devra après liquidation transformer à nouveau des biens réservés en apports, aucune réglementation générale ne pouvant intervenir sur ce point.

176. En accord avec la théorie des Motifs, certains auteurs (72) disent que les apports (73) abandonnés à la femme gardent, tant qu'elle n'en a pas disposé, leur caractère d'apport. Le mari conserverait alors le droit de disposer librement de l'argent et autres choses consomptibles (§ 1376 BGB.) (74) ; or, sont réputées choses consomptibles en vertu du § 92 BGB., « les choses mobilières faisant partie d'un fonds de marchandises » (Warenlager) « ou de tout autre ensemble de choses dont l'usage, tel qu'il résulte de la destination, consiste dans l'aliénation à titre individuel des choses qui le composent » (75). Le mari peut encore conclure les actes juridiques prévus au § 1376 2° et 3° et ester en justice conformément au § 1380.

(72) PLANCK. § 1405, ann. 5 ; § 1367, ann. 6 a et 7, et § 1376 ; STAUDINGER-ENGELMANN, § 1367, ann. 3, p. 231 ; HÖRLE, pp. 44 et s. Cf. MARGAT, pp. 187 et s.

(73) Il en serait de même des biens communs ; cf. GLITSCH in EHRENBURG, p. 178, note 2.

(74) Cf. GUYOT, pp. 203 et s. ; voir cependant si le mari a consenti, pp. 210 et 211. Cf. MARGAT, pp. 192 et s. et 188. Cf. LYON-CAEN, thèse citée, p. 269.

(75) *Code civil Allemand*, traduit et annoté par BUFNOIR, CHALLAMEL, SALEILLES et autres, t. I, pp. 78 et 79 ; cf. HACHENBURG, p. 389.

(Planck) Unzner (76) dit que toutefois le mari n'est pas admis à exercer son droit de prendre possession (77), dans la mesure où ce droit n'est pas compatible avec l'exploitation du fonds par la femme, à supposer que le mari ait consenti. Le droit d'administration du mari subsiste mais ne peut s'exercer dans une large mesure, parce que les biens appartenant à l'Erwerbsgeschäft vont devenir Vorbehaltsgut d'après les §§ 1367 et 1370 BGB. Quand la femme cesse son commerce, tous les biens qui étaient Eingebrahtes Gut retombent sous l'empire des droits du mari ; les autres sont Vorbehaltsgut. La loi n'a pas créé d'obligation de récompense à la charge de la femme et au profit de l'Eingebrahtes Gut (78). Mais une telle obligation pourrait naître d'une convention entre époux et d'après Planck une simple convention serait admissible sans qu'il soit nécessaire de lui faire revêtir la forme d'un contrat de mariage (79).

D'après M. Hörle (80) il faut distinguer suivant que la femme a ou non obtenu le consentement du mari conformément au § 1405 BGB. (81). Il ne voit pas dans l'autorisation du mari une renonciation à son droit d'administration, mais part du point de vue que le BGB. a libéré la femme dans son § 1405 des limitations qu'elle subit ordinairement à cause du droit d'administration reconnu au

(76) Se basant sur la décision du RG. (RGZ. 84, 47). En ce sens, STAUB, ann. 68, p. 24. *Contra* : WRONKER, p. 44.

(77) Cf. § 1373 BGB. Cf. HÖRLE, pp. 47 et 49 ; cf. RGSt. 35, 397 ; cf. GUYOT, p. 208.

(78) Cf. STAUDINGER, § 1267, ann. 3 c, p. 231. Il n'existe que l'obligation de contribuer aux charges du ménage (§§ 1371 et 1427).

(79) Ceci nous paraît exact, la forme du contrat de mariage n'étant exigée que pour donner la qualité de biens réservés (§ 1368).

(80) Pp. 48, 52 et 53 ; cf. WRONKER, p. 50.

(81) Cf. ULLMANN in *JW.* 1902, p. 49 ; COSACK, *Bürgerliches Recht.*, IV, 2, § 298, *Handelsrecht*, VI, § 11, III, 3 a ; SCHEFOLD in *Arch. Ziv. Proz.* 91, p. 154.

mari sur les apports. Ce droit continuerait d'exister juridiquement, mais son exercice serait suspendu en fait (82) ; si le mari a refusé son autorisation ses droits subsistent.

M. Heinrich Glitsch (83) soutient une théorie analogue à celle de M. Hörle, disant que si la loi avait laissé subsister intact le droit d'administration du mari (au cas du § 1405) elle aurait retiré d'une main ce qu'elle accordait de l'autre. La femme qui est en possession du consentement marital peut donc maintenir le mari complètement à l'écart de son affaire. Mais si ce dernier a refusé son autorisation ou l'a révoquée, il conserve ses droits ; il peut en vertu de son droit d'administration, prendre possession des biens affectés au commerce et en retirer ainsi la jouissance à sa femme.

177. D'après le Professeur Martin Wolff (84) les biens d'apport ne deviennent pas automatiquement réservés du fait qu'ils « travaillent » dans l'entreprise, mais ils le deviennent quand le mari les abandonne expressément ou tacitement à la femme en vue de cette entreprise par exemple s'il n'a pas protesté, malgré la connaissance qu'il a eue du fait (85). M. Wolff s'écarte ici de la théorie des Motifs puisqu'il n'exige pas que la femme ait disposé des biens pour que ceux-ci deviennent réservés ; il arrive au même résultat que M. Lyon-Caen quant à la transformation progressive de l'Eingebrachtes en Vorbehaltsgut, mais par une autre voie. Puisqu'il considère le fonds en lui-même comme un bien réservé (86), tout ce que la femme acquiert par un

(82) « Das Verwaltungsrecht des Mannes besteht zwar rechtlich fort, ruht aber tatsächlich in der Ausübung » (HÖRLE, pp. 52 et 53). En ce sens, DÜRINGER-HACHENBURG, *Intr. Gle.*, ann. 72.

(83) In EHRENBURG, § 16, pp. 179 et 180.

(84) P. 182.

(85) Durch Nichtwiderspruch trotz Kenntnis.

(86) Cf. *supra*, n° 170.



acte juridique se référant au fonds devient bien réservé en vertu du § 1370 BGB., même si cet acte est passé entre le mari et la femme, comme c'est le cas pour l'affectation, d'un commun accord, de certains biens d'apport au fonds appartenant à l'épouse (87).

178. Ce court aperçu nous permet de constater que poussés par les nécessités de la pratique et l'obligation de laisser à la femme les coudées franches dans son entreprise indépendante, la plupart des auteurs ont été amenés à considérer les apports engagés dans le fonds appartenant à la femme comme soustraits aux droits du mari, au moins quand ce dernier avait donné son consentement à l'épouse et pendant la durée du commerce ; ils se sont basés d'ailleurs sur des solutions juridiques différentes, les uns faisant des biens envisagés des biens réservés, les autres leur conservant le caractère d'apports, mais sans mainmise possible du mari sur eux. C'est cette deuxième solution que la jurisprudence a admise en défendant le point de vue que le fonds (*Geschäft*) est en vertu du § 1363 al. 1 BGB. bien d'apport, sans toutefois être soumis à la jouissance et l'administration du mari (88).

Selon le Reichsgericht, « Si l'on était obligé de considérer que, d'après le régime matrimonial légal du BGB., le fonds de commerce, exploité par la femme lors de la conclusion du mariage, non seulement appartient à l'*Eingebrachtes Gut*, mais encore est soumis sans réserve aux dispositions des §§ 1373 et suivants, l'octroi au mari de droits aussi étendus ne serait pas légitime » (89).

(87) Cf. KIESER, thèse, p. 21.

(88) WARNEYER, § 1367, ann. 3 ; RGR., § 1367, ann. 5 ; SOERGEL, § 1367, ann. 2 ; *Bay RpfW.* 1928, p. 229. Cf. WRONKER, thèse, p. 44 et note 7 même page. Cf. WOLFF, p. 181 et note 18.

(89) RGZ. 59, 21. Arrêt du 29 septembre 1904 ; pourvoi sur arrêt de

Dans un arrêt plus récent du 13 janvier 1914, le Reichsgericht poursuit ses explications : en consentant à l'exploitation du fonds, le mari a renoncé à ses droits, en particulier à celui de prendre en sa possession les biens appartenant à l'Eingebrachtes, et cela dans la mesure où l'exercice de ses droits est incompatible avec l'exploitation du fonds par la femme (90).

Dans l'arrêt déjà cité du 17 janvier 1930, le Reichsgericht maintient son point de vue et répète que, si le fonds est bien d'apport, « toutefois le mari en consentant à l'exercice d'un commerce par la femme, renonce à son droit de jouissance et d'administration, mais cela ne vaut que pour la durée de l'exploitation » (91).

La théorie du Reichsgericht aboutit donc à admettre l'existence de biens d'apport qui ne seraient soumis ni à la jouissance ni à l'administration du mari (92) ; ce seraient

la Cour de Dresde ; STAUB, *Intr. Gle.*, ann. 68, remarque que l'opinion inverse n'est pas compatible avec la notion de commerce indépendant (*Contra* : STAUB, 6<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> éd.).

(90) RGZ. 84, 48. Cf. THIELE, *Arch. Ziv. Prax.*, t. CI, pp. 336 et s. D'après lui, c'est en vertu de la loi, et non de son consentement, que le mari voit disparaître son droit d'administration. Cf. WRONKER, p. 49 ; la situation est sensiblement voisine en France, lorsque le fonds est un propre de la femme ; le mari a cependant le droit d'aliéner les meubles consommables par le premier usage (arg. art. 587) et ceux destinés à être vendus (art. 1851) ; faut-il en conclure qu'il peut disposer des marchandises du fonds ? D'après M. ALEM BASSET (thèse, pp. 89 et 90, n<sup>os</sup> 59 et 60), il n'en est pas ainsi, car, dans le cas où le mari a autorisé la femme à gérer un fonds de commerce, il abandonne de fait ses pouvoirs d'administration à la femme.

(91) RGZ. 127, p. 115 : « Allerdings begibt sich der Ehemann mit seiner Einwilligung zum Geschäftsbetrieb der Frau seines Nutzniessungs und Verwaltungsrechts (RGZ. 59, 25 ; 84, 45) Aber das gilt nur für die Dauer des Geschäftsbetriebs ». Ceci doit donc modifier l'opinion émise par M. MARGAT (pp. 188 et 193) et reproduisant celle de PLANCK ; cf. LYON-CAEN, p. 269.

(92) Cf. KIESER, thèse, p. 21, qui dit que n'est pas Vorbehaltsgut tout bien dont la femme n'a ni l'administration ni la jouissance.

les biens d'apport qui auraient été affectés à un commerce exploité par la femme du consentement du mari.

Nous voyons par suite que si le fonds ou les capitaux engagés dans le fonds et prélevés sur les apports gardent théoriquement leur caractère d'apport, ils échappent cependant aux règles ordinaires du régime en ce qui concerne la jouissance et l'administration du mari, quand la femme exerce son commerce du consentement de ce dernier.

**179.** Si nous cherchons maintenant à comparer la situation des femmes françaises et allemandes, nous aboutissons aux constatations suivantes :

La femme allemande peut exercer un commerce sans le consentement de son mari, ce qui est impossible à la femme française ; mais, lorsque le mari allemand n'a pas accordé son consentement, il peut tout comme le mari français paralyser l'exploitation de la femme en se réclamant de son droit à la possession des éléments du fonds (§ 1373), ou de son droit d'administration ou de disposition des choses consomptibles (§§ 1376 et 92 BGB.) (93).

Bien que ce ne soit pas une nécessité absolue pour elle, la femme allemande fera donc bien, si elle veut jouir de toute son indépendance, de s'assurer l'autorisation de son mari (94). La femme française est toutefois dans une situation inférieure à celle de la femme allemande. Cette dernière peut en effet « se mettre à l'abri de toute intrusion du mari dans la gestion de son fonds » (95) et ceci par un contrat qui peut être conclu même au cours du mariage ; il suffit de décider que le capital d'établissement est « bien

(93) Cf. WRONKER, p. 44 ; STAUB-BONDI, t. I, p. 24, ann. 68 et ann. 46 ; MARGAT, pp. 187 et s.

(94) Cf. WRONKER, pp. 47 et s. ; cf. MARGAT, pp. 187 et 188 ; GUYOT, pp. 203 et 204 ; cf. GLITSCH, § 14, p. 174.

(95) MARGAT, p. 202.

réservé », toutefois il faut pour cela que la femme ait l'assentiment du mari. Cependant l'usage des conventions matrimoniales ne paraît pas répandu : l'indépendance de la femme est donc compromise (95 a).

En France, au contraire, la femme ne peut « par une clause du pacte nuptial se constituer d'autres biens réservés que ceux énumérés par la loi » (96) ; l'épouse française peut seulement se réserver par contrat, même sous la communauté, l'administration et la jouissance de biens séparés (97).

(95 a) MARGAT, p. 189, d'autant que l'autorisation du mari est révocable.

(96) MARGAT, p. 202, et LALOU, p. 72.

(97) Cf. MARGAT, pp. 202 et 203, différence entre biens séparés et biens réservés.

---

## CHAPITRE IV

### DROITS DE LA FEMME SUR LE FONDS

---

180. Les points les plus intéressants à envisager sont le droit pour la femme de faire des actes de disposition, éventuellement d'aliéner le fonds lui-même ainsi que le pouvoir d'obliger les différentes parties du patrimoine engagé dans le fonds ; nous ne reviendrons pas sur ce dernier point qui a été examiné dans notre titre relatif à l'exercice d'une profession en général (1).

Quand le fonds tout entier est réservé, il n'y a aucune difficulté. La femme allemande a pleins pouvoirs sur lui ; la femme française n'est soumise qu'à une seule restriction ; elle ne peut pas aliéner le fonds à titre gratuit (art. 1<sup>er</sup> de la loi de 1907) (2).

Dans tous les autres cas la solution dépendra des règles afférentes aux divers régimes, mais surtout de l'existence ou de l'absence du consentement du mari à l'exercice d'une profession par la femme (3).

(1) Cf. *supra*, n<sup>o</sup> 140 et s. Conformément à notre plan nous laissons de côté la situation du fonds de commerce à la dissolution du mariage. Consulter sur ce point ALEM BASSET, thèse, pp. 145 et ts. ; cf. MARGAT, pp. 250 et s.

(2) Sauf l'exception prévue à la loi de 1919. La femme peut même aliéner à titre onéreux le fonds qui, d'après les conventions matrimoniales, aurait dû être dotal, car les biens réservés ne peuvent être affectés d'inaliénabilité dotale ; cf. MARGAT, p. 204 ; Jurispr. : Marseille, 22 juin 1891, *Rec. Marseille* 1891.1.228. Cf. Jules WEIL, thèse, p. 76 ; CENDRIER, n<sup>o</sup> 139, p. 102.

(3) Cf. GLITSCH, § 14-2 b, p. 174.

### A. Absence du consentement du mari à l'exercice d'une profession

181. En France la femme n'a dans ce cas pas de droit sur le fonds à moins qu'il ne soit réservé (4).

En Allemagne si la femme n'exploite pas son commerce du consentement du mari elle est sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire qu'elle n'a aucun droit sur le fonds ou les parties du fonds qui appartiennent au Gesamtgut (biens communs) ou à l'Eingebrachtes Gut (biens d'apport), en particulier elle ne peut en disposer. Un tel acte de disposition (*dingliche Verfügung*) sur le Gesamtgut ou l'Eingebrachtes serait provisoirement sans effet (*unwirksam*) (5) en vertu des §§ 1395 et 1443 BGB. et cela non seulement à l'égard du mari mais aussi à l'égard des tiers (6) ; elle est soumise en effet sous le régime légal aux prohibitions des §§ 1395 à 1401 BGB. — C'est le mari qui a le droit de disposer des biens communs (§ 1443 BGB.) ; il y a cependant des cas où le mari a besoin, pour disposer, du concours de l'épouse.

### B. — Consentement du mari à l'exercice de la profession

182. Sous la communauté légale ou conventionnelle la femme française qui exploite son commerce du consente-

(4) Cf. Jules WEIL, thèse, pp. 74, 76 et s.

(5) Exception faite du § 1450.

(6) Cf. RGZ. 51, 46 ; JW. 1911, p. 362<sup>12</sup> ; GLITSCH, § 14, 2 b, note 22, p. 174. Le mari peut revendiquer même quand le tiers a ignoré que la femme était mariée (§ 1404 BGB.) ; si c'est sans succès, la femme lui doit réparation en vertu du § 823 BGB. ; cf. STAUB, *Intr. Gle.*, ann. 45 et ann. 36, § 366. Naturellement la femme peut disposer de l'Eingebrachtes Gut avec l'autorisation spéciale du mari (§ 1395 BGB.) ou s'il s'agit d'un contrat avec sa ratification postérieure ; de même en France la femme pourrait disposer de son fonds propre avec l'autorisation spéciale du mari. Seraient valables en Allemagne sans le consentement du mari les actes de disposition grâce auxquels la femme ne ferait qu'acquérir un avantage (STAUB, ann. 45). Cf. STAUDINGER, § 1405, ann. 1 et § 1452 ; PLANCK, § 1452, ann. 1.



ment du mari « a certainement le droit de disposer des éléments destinés à être vendus, comme les marchandises, cette faculté n'étant qu'une conséquence de la gestion » (7) ; en Allemagne il en est de même, car dès la première aliénation toutes les marchandises deviennent Vorbehaltsgut (8), mais pour le droit de disposer du fonds lui-même il faut distinguer suivant que le fonds est commun ou qu'il est propre (en France) ou bien d'apport (en Allemagne).

#### a) EN FRANCE

Lorsque c'est la femme qui gère le fonds commun ses pouvoirs sont très étendus mais lui sont donnés seulement pour agir dans l'intérêt de son commerce (9) ; elle peut vendre et acquérir des marchandises, faire et recevoir tous paiements. Elle peut donner toutes sûretés, donner le fonds de commerce en nantissement et même aliéner ou hypothéquer les immeubles communs (10). Ce qui n'empêche d'ailleurs pas le mari d'exercer ses droits sur les biens communs, il pourrait disposer de la maison de commerce commune sans même consulter la femme (11).

D'après M. Nast (12) quand « la femme exerce un commerce ou une industrie avec l'autorisation du mari, ses pouvoirs sont absolument généraux : pour tout ce qui concerne sa profession, elle peut faire n'importe quels actes, même

(7) Cf. MARGAT, p. 204.

(8) Cf. *supra*, n° 174 et note 68 correspondante ; GLITSCH, note 10, p. 171.

(9) Cf. Trib. comm. Saint-Etienne, 12<sup>e</sup> janv. 1903, *Mon. Lyon*, 19 mars 1903 ; cf. thèse BASSET, p. 54, n° 36 ; cf. CENDRIER, n° 657, pp. 467 et s.

(10) Cf. BASSET, *loc. cit.* ; CENDRIER, n° 658, p. 468.

(11) Cf. thèse BASSET, pp. 35-36 et 37, qui réclame des restrictions aux pouvoirs du mari. Cf. WEIL (Jules), thèse, p. 78.

(12) In PL. et RIPERT, t. VIII, p. 627, n° 562. Cf. p. 394, texte et note 2.

des actes d'aliénation, sur les biens communs que le mari a mis à sa disposition » (13). Faut-il en conclure que la femme peut aliéner le fonds commun lui-même avec la seule autorisation générale ? (14). La question est assez délicate.

M. Paul Guibal (15) estime que la femme peut aliéner à titre onéreux le fonds de commerce commun, parce qu'aucun texte ne l'interdit. Cette opinion est généralement rejetée par la doctrine, qui n'admet pas que la femme puisse aliéner le fonds commun avec la seule autorisation générale.

Selon M. Margat (15<sup>o</sup>), si le fonds appartient au mari ou à la communauté, seul le mari peut l'aliéner. Selon M. Cendrier (16), l'autorisation générale affranchit la femme de son incapacité, mais la question de propriété reste entière : « en donnant l'autorisation à sa femme d'exercer une profession commerciale au moyen d'un fonds de commerce..., le mari chef de la communauté n'a pu autoriser sa femme à en disposer et à l'aliéner. »

D'après M. Nast (16<sup>a</sup>), il ne faut pas confondre ici la

(13) Il appartient de noter que ces biens, dit M. NAST, « ne sont pas régis par la loi du 13 juillet 1907 qui ne s'applique qu'aux gains et salaires et aux biens acquis par la femme avec ses économies ». Cf. NAST in PL. et RIPPERT, t. VIII, note 1, p. 628.

(14) Cf. thèse Jules WEIL, pp. 77 et s.

(15) Thèse, pp. 284 et s. Cf. ALEM BASSET, thèse, p. 88, n° 58 et n°s 20 et s., pp. 36 et s.

(15<sup>a</sup>) P. 204. Le mari peut aliéner le fonds même à titre gratuit sauf, si le fonds est commun, à ne pas s'en réserver l'usufruit (art. 1442 C. civ.), mais les bénéfices et la plus-value doivent être rendus à la femme à titre de biens réservés ; ce sera une opération compliquée que de les isoler du capital. Cf. MARGAT, note 2, p. 205. *Contra* : GUYON, pp. 94 et 95, qui fait des restrictions lorsque la plus-value ne résulte pas du travail de la femme. Cf. BERNARD et BONNECASE, art. cité, pp. 32 et 23, d'après qui il faudrait une ventilation même pour les revenus et la plus-value ; cf. ESCARRA, t. I, p. 328, n° 329 ; cf. Cass., 3 juillet 1917, D. 1917.1.127.

(16) N° 139, p. 102.

(16<sup>a</sup>) Note D. 1927.2.167,

question de capacité et celle de pouvoirs ; cet auteur ne pense pas qu'on puisse admettre que le mari ait voulu, en autorisant sa femme à exercer le commerce, lui déléguer jusqu'au pouvoir d'aliéner le fonds. La jurisprudence n'a pas admis que la femme puisse aliéner le fonds dans le cas envisagé (16<sup>b</sup>).

La question nous paraît cependant discutable ; s'il faut admettre que la femme autorisée à l'exercice d'une profession engage les biens de la communauté et peut les aliéner pour les nécessités de sa profession, on ne voit pas qu'une limite ait été fixée par la loi aux pouvoirs de la femme. Quel sera alors le critère de la discrimination entre les actes admis ou non ?

Lorsque le fonds de commerce est un propre de la femme la situation est beaucoup plus nette. La femme a seule qualité pour l'aliéner et elle peut en disposer à titre onéreux (17).

Elle peut faire selon M. Margat tous les actes relatifs au négoce et l'aliénation du fonds rentre dans cette catégorie ; la vente réalisée, il faudra isoler les bénéfices et la plus-value qui sont biens réservés ; le surplus du prix de vente sera soumis à l'usufruit du mari.

(16<sup>b</sup>) Trib. comm. Marseille, 3 juin 1920, *Rec. Marseille* 1921.1.67 ; 7 juin 1920, *Rec. Marseille* 1921.1.74. — Lyon, 23 oct. 1925, *aff. Meunier-Villon et C<sup>ie</sup> c/ époux Bégonin*, D. 1927.2.167, note NAST.

(17) Trib. comm. Marseille, 22 juin 1891, précité note 2, cf. MARGAT, p. 206. Dans ce cas les droits du mari se trouvent considérablement réduits ; il n'a même pas le pouvoir d'aliéner les meubles de la femme d'après la jurisprudence. Faut-il considérer que le mari peut disposer des marchandises du fonds, parce qu'il a le droit d'aliéner les meubles consommables par le premier usage (arg. art. 587) et ceux qui sont destinés à être vendus (art. 1851) ? Il faut considérer que lorsque le mari a consenti à ce que la femme gère un fonds de commerce dont elle est propriétaire, il abandonne, de fait, ses pouvoirs d'administration à la femme ; cf. thèse ALEM BASSET, n<sup>os</sup> 59 et 60, pp. 89 et 90 ; cf. CENDRIER, n<sup>o</sup> 139, p. 102 et n<sup>o</sup> 663, p. 471 ; Jules WEIL, thèse, pp. 76 et s. ; Note NAST, D. 1927.2.168.

## b) EN ALLEMAGNE

183. En Allemagne, si la femme était indépendante patrimoniale du mari, il n'y aurait pas de difficultés ; mais c'est de beaucoup dans le plus grand nombre des cas (18) que le mari a des droits de jouissance et d'administration sur le patrimoine de la femme. La femme fait le commerce par exemple avec les biens communs ou avec ses biens d'apport. Les conflits entre les droits du mari et des créanciers ont été réglés par la loi au profit de la jouissance matrimoniale (19).

Si la femme exploite un fonds du consentement du mari, mais alors seulement, elle peut en conformité avec le § 1405 BGB. disposer (*dinglich verfügen*) de l'Eingebrachtes et du Gesamtgut, mais seulement dans la mesure ou le négoce l'exige (20) « *soweit es der Betrieb mit sich bringt* ». Or nous avons vu (21) que dans la plupart des cas le fonds est Eingebrachtes Gut. Faut-il en conclure que, lorsque la femme exploite du consentement du mari un fonds « bien d'apport », elle va pouvoir aliéner seule le fonds lui-même en vertu du § 1405 BGB. ? Non, car l'aliénation du fonds ne paraît pas être considérée comme une opération relative au négoce, « *die das Geschäft mit sich bringt* », la femme retombe dans le droit commun et a besoin du consentement préalable ou de la ratification du mari pour aliéner valablement le fonds. Le mari, en consentant à l'exploitation, ne renonce à ses droits que pour la durée de l'exploitation (*Geschäftsbetrieb*).

(18) « In der bei weitem überwiegenden Zahl der Fälle ». GLITSCH, § 14-2 a, p. 170.

(19) GLITSCH, p. 170.

(20) GLITSCH, § 14, 2 b, p. 174 et 2 a, p. 171 ; STAUB-BONDI, ann. 45, p. 18 ; SCHEFOLD, *Arch. Ziv. Prax.*, pp. 151 et s., t. XCI ; STAUDINGER, § 1405, ann. 1 et § 1452, ann. 1 ; PLANCK, § 1452, ann. 1.

(21) Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 167 et s.

L'aliénation du fonds lui-même se rapporte non à des biens réservés mais au capital initial et par conséquent à des biens d'apport (22), cette conséquence est inéluctable (*unabweislich*) (23).

Quand le fonds appartient aux biens d'apport (24) (*Eingebrachtes Gut*) ou aux biens séparés (*Sondergut*) (25), la femme n'est plus soumise aux prohibitions des §§ 1395 à 1401 ni à celles des §§ 1439 et 1525 al. 2 (26), quand elle est autorisée à exploiter son commerce par le mari ; son droit de disposition ne subit alors plus d'entrave (§ 1395) exception faite de l'aliénation du fonds : M. Margat insiste donc sur la nécessité de l'autorisation (27).

Nous avons exposé déjà que conformément à la jurisprudence du Reichsgericht le mari, lorsqu'il a consenti, voit ses droits suspendus sur le fonds (d'apport) et ses éléments pendant la durée du négoce (28).

(22) Cf. RGZ. 87, 104.

(23) RGZ. 127, pp. 115 et 116.

(24) MARGAT, p. 187 ; pour les droits du mari, cf. STAUB-BONDI, *Intr. Gle.*, ann. 68, p. 24 et cf. *supra*, n° 173.

(25) En outre des biens réservés conventionnels, les seuls admis sous les régimes communautaires, le régime de la communauté universelle connaît les biens séparés (*Sondergut*). Ils comprennent les biens incessibles tels que : usufruit, part indivise, part dans une société en nom collectif (les biens séparés cessent d'avoir ce caractère quand ils deviennent cessibles, ce qui est possible pour une part de société ; cf. RGZ. 92, 165). Cf. GLITSCH, § 14-1 b, p. 169, note 8. Un fonds de commerce ou une part dans ce fonds peuvent donc être *Sondergut*. Pour cette masse ce sont en gros les dispositions concernant l'*Eingebrachtes* sous la communauté réduite aux acquêts qui s'appliquent. L'administration appartient au mari avec les réserves relatives à l'*Eingebrachtes* sous le régime légal.

(26) Cf. *supra*, n° 181.

(27) La femme est « grandement intéressée à obtenir l'autorisation expresse ou tacite du mari », garantie efficace de l'autorité du mari, MARGAT, pp. 187 et 188 ; GUYOT, pp. 203 et 204.

(28) Cf. *supra*, n° 178.

## c) DROIT COMPARÉ

184. Il faut considérer que le consentement du mari à l'exercice d'un commerce est aussi nécessaire à la femme allemande qu'à la française, quand son fonds de commerce n'est pas réservé ; c'est dans ce cas seulement qu'elle peut agir en toute liberté.

Cependant, même au cas où la femme exercerait son commerce avec le consentement marital, il semble qu'elle ne puisse aliéner le fonds de commerce en France ou le fonds d'apport en Allemagne sans autorisation spéciale du mari. Au contraire l'autorisation générale suffit à l'épouse française qui veut aliéner un fonds propre (29).

(29) Fidèle à notre plan, nous n'avons pas abordé l'étude de la faillite de la femme commerçante, ni celle de la clause de conservation de fonds de commerce, cette dernière jouant à la dissolution du régime.

---



## CHAPITRE V

### CONSIDERATIONS FINALES

---

**185.** L'étude que nous venons de consacrer à l'exercice d'une profession par la femme mariée confirme notre opinion plusieurs fois exprimée déjà que, dans la pratique, les épouses française et allemande sont dans des situations bien voisines, malgré les différences doctrinales.

Bien que la femme allemande soit pleinement capable, le contrôle de son mari s'exerce sur le choix par elle d'une profession comme chez nous ; dans le domaine patrimonial, elle a besoin de l'accord de son mari pour jouir de pouvoirs étendus.

Pour la femme commerçante allemande, l'utilité de l'autorisation maritale est beaucoup plus considérable que pour la femme dont la profession n'exige pas l'emploi de capitaux. Il est d'autant plus important pour la commerçante d'obtenir cette autorisation que, selon la jurisprudence constante du Reichsgericht, qui a déçu à cet égard les partisans de l'émancipation féminine, les capitaux issus des apports et que la femme engage dans son fonds de commerce restent *Eingebrachtes Gut*, de sorte qu'il existe dans nos deux pays une dualité de nature juridique du fonds et des bénéfices.

Bien que la femme allemande n'ait pas besoin de l'autorisation maritale pour acquérir la qualité de commerçante et

la capacité, cette autorisation lui sera généralement indispensable aux fins de crédit, de sorte que, par un détour, elle se trouve dans la même situation que la femme française. Néanmoins l'avantage reste à la femme allemande qui, dans bien des cas, a des droits plus étendus que la française ; ainsi le champ des biens réservés est plus vaste pour elle ; elle peut aussi contracter une société avec son mari.

Nous croyons qu'il serait assez facile de faire apparaître dans nos deux législations le fonds commun dont parle, avec MM. Saleilles et Lambert, M. Lévy-Ullmann ; en ajustant la loi aux faits, on pourrait même rapprocher les solutions doctrinales ; cependant, dans le droit de la famille, il faut que chaque peuple conserve ses particularités et nous croyons que, même en arrivant à des solutions pratiques identiques, il est bon de rester fidèle à ses traditions, notamment lorsqu'il s'agit du choix d'un régime matrimonial. Il se peut d'ailleurs que les droits allemand et français se rapprochent sur ce point, certains auteurs préconisant le retour à la communauté en Allemagne. Dans ce cas pour que le rapprochement se réalise il faudrait que la France reste fidèle au régime de communauté.

Comme nous l'avons dit antérieurement, le but que nous nous proposons n'est pas de faire apparaître ce fonds commun législatif, mais plutôt de viser au « *perfectionnement législatif* » (1) de notre droit national ; c'est à ce point de vue que nous nous placerons dans notre conclusion.

---

(1) Cf. LÉVY-ULMANN, *de l'utilité des études comparatives* in *La Revue du Droit*, Québec, 1<sup>er</sup> mai 1923, p. 390.



## CONCLUSION

---

Fidèle aux conceptions que nous exprimions dès le seuil de ce travail, nous voudrions mettre cette étude de droit comparé en quelque sorte au service de notre droit national ; nous voudrions qu'elle permit de le mieux comprendre et éventuellement de montrer dans quel sens il pourrait être amélioré.

Nous ne saurions mieux faire, pour atteindre ce but, que d'examiner, à la lumière des faits révélés par notre étude comparée, le projet René Renoult relatif à la suppression en France de l'incapacité de la femme mariée et à la modification des régimes matrimoniaux.

Nous espérons que nos développements antérieurs pourront nous permettre de nous prononcer à la fois sur l'opportunité et sur la portée de la réforme envisagée.

Nous ne pouvons malheureusement, dans le modeste cadre d'une conclusion, examiner minutieusement le projet auquel nous faisons allusion ; notre ambition se borne à étudier l'esprit, le principe de la réforme, sans entrer dans le détail de ses réalisations pratiques.

Rappelons très brièvement les événements :

Le 23 juin 1932 M. René Renoult, Garde des Sceaux, déposait au Sénat un projet de loi (1) relatif à la suppression de l'incapacité de la femme mariée et à la réforme

(1) Cf. *J. O.* 1932, Doc. parl. du Sénat, annexe n° 594, où l'on pourra lire le remarquable exposé des motifs.



réformes qui y étaient prévues. Tandis que le projet reconnaissait seulement la prépondérance du mari, la Commission de la Société d'Etudes législatives souhaitait que l'on affirmât la qualité de chef de famille du mari ; elle désirait en outre voir accorder expressément au mari un droit de contrôle sur le choix d'une profession par la femme, tandis que le projet ne prévoit qu'un droit de veto s'exerçant sous le contrôle du juge.

Une première délibération eut lieu au Sénat en séance du 3 décembre 1936 (6) ; elle se poursuivit le 8 décembre 1936 (7). C'est au cours de cette séance que furent adoptés deux amendements de M. Georges Pernot ; les vœux de la Société d'Etudes législatives se trouvaient ainsi en partie comblés puisque l'on introduisait, dans l'art. 213 nouveau, le membre de phrase : « le mari est le chef de la famille » et que l'art. 216 disposait : « le mari peut s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée ». Avec le nouveau texte ce n'était plus le mari qui devait recourir au juge si la femme voulait choisir un métier contre la volonté de son conjoint ; c'était la femme qui devait demander protection à la justice en cas d'opposition abusive du mari. Il fut décidé en ce 8 décembre que l'on passerait à une seconde délibération.

Le 18 février 1937, M. René Renoult présentait au nom de la Commission de législation civile et criminelle du Sénat, présidée par M. de Courtois un rapport supplémentaire (8) ; nous relevons un passage assez caractéristique de ce rapport : « la Commission a pensé que pour que la réforme fût à la fois prudente, réelle et efficace, il fallait

(6) *J. O.* du 4 décembre 1936, Débats parl. du Sénat, p. 1549. On y trouvera un court aperçu du droit comparé sur la question de l'incapacité de la femme mariée.

(7) *J. O.* du 9 décembre 1936, Débats parl. du Sénat, p. 1563.

(8) *J. O.* 1937, Doc. parl. du Sénat, annexe n° 78.



qu'elle fût maintenue à égale distance du principe absolu de l'omnipotence maritale et du principe de l'égalité absolue des époux dans le ménage ». Le projet répond à ce but, d'une part en proclamant la capacité de la femme, d'autre part en maintenant certaines prérogatives du mari.

Une deuxième délibération eut lieu le 19 mars 1937 (9). On exprima alors la crainte que l'amendement de M. Georges PERNOT « le mari est le chef de la famille » ne rétablît le devoir d'obéissance (10) ; la Commission fit observer par son rapporteur que telle n'est pas la portée de cette modification. L'amendement de M. Bachelet tendant à faire supprimer le passage incriminé fut rejeté (11). En revanche, on adopta un amendement de M. Lefas (12) dont voici la teneur : « la qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari : 1° dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté, et de séparation de corps ; 2° lorsqu'il est condamné... etc... ». En fin de séance, le projet fut adopté par le Sénat, en son entier (13) ; c'est maintenant la Chambre des Députés qui doit se prononcer.

Une fois l'histoire du projet retracée à grands traits, voyons quelles sont les raisons qui militent en faveur d'une réforme. On fait valoir l'évolution des mœurs et le progrès

(9) *J. O.*, 20 mars 1937, Débats parl. du Sénat, pp. 346 et s.

(10) *J. O.* précité, p. 347, col 3.

(11) Voir la discussion dans le *J. O.* précité, pp. 347 à 352 ; M. BACHELET attaque l'amendement de M. Georges PERNOT en opposant l'idée démocratique à l'idée religieuse ; M. VIOLETTE fait observer que l'amendement de M. Georges PERNOT est inspiré par le texte de Saint Paul « vir caput uxoris » (Epître aux Ephésiens, V, 23) ; (Sur l'interprétation de la doctrine de Saint Paul à ce sujet, cf. A.-D. SERTILLANGES, *Féminisme et Christianisme*, pp. 249 et s.). M. PERNOT répond en termes assez humoristiques, défend son amendement parce qu'il faut dans la famille un pouvoir de décision, et a finalement gain de cause.

(12) *J. O.* précité, p. 353.

(13) *J. O.* précité, p. 362.

social, l'instruction des femmes, leur activité professionnelle, la manière dont elles ont rempli leur rôle pendant la guerre, on invoque aussi l'exemple des législations étrangères entraînées dans un mouvement assez général d'émancipation de la femme.

Il peut être intéressant précisément pour nous, afin de ne pas nous cantonner dans les limites assez restreintes de la France et de l'Allemagne, de jeter un coup d'œil rapide sur la législation qui dans divers autres pays concerne la capacité et les pouvoirs de la femme mariée (14). Depuis longtemps, un groupe imposant d'Etats, comprenant les pays anglo-saxons, les pays scandinaves et les pays germaniques, avait supprimé l'incapacité de la femme mariée ; dans un second groupe, fidèle au principe de l'incapacité, on comptait particulièrement les pays latins et ceux dont la législation avait été inspirée par le Code Napoléon.

Mais, si la Latinité a été pendant longtemps le dernier refuge de cette incapacité, bien des brèches ont été faites aujourd'hui aux remparts de la citadelle dans laquelle elle s'abritait. Par une loi du 17 juillet 1919, l'Italie abolissait l'incapacité de la femme mariée (14<sup>a</sup>), suivie dans cette voie par la Roumanie (15) qui consacrait en une loi du 20 avril 1932 le principe de la capacité de l'épouse, principe conservé dans le projet de Code civil roumain déposé à la Chambre en 1933. L'Amérique latine a également, par

(14) Cf. Marc ANCEL in *Annales de l'Institut de Droit comparé*, I, 1934, p. 145 : le projet français sur la capacité de la femme et les enseignements du droit comparé.

(14<sup>a</sup>) Cf. H. CAPITANT, *Loi du 17 juillet 1919 édictant des dispositions relatives à la capacité juridique de la femme* in *Ann. de législ. étr.* 1920, pp. 64 et s.

(15) Cf. SARAGA, *La capacité de la femme mariée* (France-Roumanie), thèse, Paris, 1936 ; Marguerite BARZANESCO, *La capacité juridique de la femme mariée en Roumanie*, thèse, Paris, 1936. Cf. POPESCO-RAMNICEANO, *L'abolition de l'incapacité de la femme mariée en Roumanie* in *Bull. Sté législ. comp.* 1933, pp. 186 et s.

une série de lois relativement récentes, aboli l'incapacité de la femme mariée dans plusieurs pays (16). L'Espagne elle-même a proclamé dans sa Constitution de 1931 (art. 43) que « le mariage est fondé sur l'égalité des droits des deux sexes » ; il faut avouer d'ailleurs que cet article est appelé à rester lettre morte comme l'art. 119 de la Constitution de Weimar, tant que son principe n'aura pas été traduit dans les lois civiles (17). Ainsi nous ne trouvons plus guère à nos côtés pour proclamer l'incapacité de la femme mariée que la Belgique et le Portugal : encore semble-t-il que la Belgique veuille persévérer dans la voie des réformes dans laquelle elle vient d'entrer en promulguant le 20 juillet 1932 une loi destinée à remplir le même rôle que notre loi du 13 juillet 1907 et admettant en outre le principe de l'autorisation maritale générale (18).

La France est bien près de se trouver dans le « splendide isolement » dont parlait M. Niboyet en une séance du 31 mai 1933 commune à l'Institut de Droit comparé et à la Société de législation comparée (19). Faut-il regretter cet isolement ? Devons-nous au contraire en être fiers ? Pour faire un choix, en présence de cette alternative, il est bon de connaître les mobiles profonds et la portée de la réforme

(16) Cf. M<sup>me</sup> Gabrielle BOUDON-BRICARD, *Suppression de l'incapacité de la femme mariée dans les pays latins*, thèse, Paris, 1935. Cf. José-Gabriel DE LA VEGA, *Capacité de la femme mariée dans le droit de l'Amérique latine*, thèse, Paris, 1933 ; CHAMPCOMMUNAL in *Bull. Sté législ. comp.* 1933, p. 331 (Mexique) ; Art. de COLMO et ROGER s/ *loi argentine*, n° 11.357 du 26 sept. 1926 in *Bull. Sté législ. comp.* 1933, pp. 222 et s. ; Voir pp. 233 et 234 les pays qui ont aboli l'incapacité (Pologne, Finlande) et ceux où existe la capacité (pays musulmans, Thibet).

(17) Cf. ROGER in *Bull. Sté législ. comp.* 1933, p. 103. Quel sera d'ailleurs le sort réservé à la Constitution à l'issue de la guerre civile qui se poursuit actuellement ?

(18) Cf. *Pasinomie* 1932, pp. 253 et s. ; Marc ANCEL in *Annales Inst. Droit comparé*, I, p. 157 ; Rapport de M. René RENOULT, *J. O.* du 4 déc. 1936, Débats parlementaires du Sénat, p. 1549, col. 3.

(19) *Bull. Sté législ. comp.* 1933, p. 340.

envisagée (portée qui fait ressortir la différence entre capacité et pouvoirs).

Les législateurs italien et roumain ont fait valoir l'un et l'autre que l'incapacité de la femme mariée avait été instituée chez eux sous l'influence du Code Napoléon, mais ne correspondait pas à une coutume nationale. Nous croyons que chez nous l'argument basé sur la conservation des traditions est en faveur d'une indépendance plus grande de la femme ; on sait toute l'influence qu'a exercée le Premier Consul sur la réglementation de l'autorité maritale dans le Code civil et l'on connaît ses paroles si souvent répétées relativement au rôle despotique du mari (20) ; on n'ignore pas non plus l'interprétation inexacte qu'on a donnée du droit romain quant au sujet que nous traitons, puisque la femme mariée *sine manu* était capable, sauf quelques exceptions, à la période impériale (21).

D'ailleurs, dans l'ancien droit français, surtout avant la renaissance du droit romain, la femme mariée jouissait d'une capacité patrimoniale moins restreinte que celle de l'épouse régie par le Code Napoléon (22).

Le législateur italien a voulu récompenser aussi la femme de son attitude pendant la guerre ; nous croyons que la Française a été de même à la hauteur de sa tâche. Quant aux arguments relatifs au progrès social, à l'évolution des mœurs et au rôle toujours croissant que joue la femme dans la vie économique et sociale (23), la France est un des premiers pays où ils peuvent être invoqués.

Voilà donc les raisons que l'on peut faire valoir en faveur

(20) Cf. THIBAUDEAU, pp. 433, 435 et 426 ; MORIZOT-THIBAUT, pp. 78 et 79. Cf. ROUAST in PL. et RIPERT, t. II, p. 296, note 2 (éd. 1926), dont la référence paraît inexacte.

(21) P. GIDE, pp. 134, 144, 145 et s. Cf. pp. 370 et 371.

(22) Cf. P. GIDE, p. 371 ; BRISSAUD, pp. 99 et s. (BEAUMANOIR) ; G. LEPOINTE, pp. 129 et s. ; Ch. LEFEBVRE, p. 92.

(23) Cf. René ROGER in *Bull. législ. comp.* 1933, p. 246.

de la capacité de l'épouse, raisons adroitement rappelées dans l'Exposé des Motifs du projet René Renoult ; y a-t-il en contre-partie des risques à courir, existe-t-il des arguments militant contre la réforme ?

On a dit d'abord que la femme française n'était pas bien malheureuse (24), qu'elle n'était guère tyrannisée par son mari et qu'après tout elle ne souhaitait pas devenir capable ; nous sommes convaincue de l'exactitude de ces assertions relativement au grand nombre des femmes mariées chez nous ; mais est-il légitime de sacrifier, à cause du bonheur de la majorité, les épouses sur lesquelles le législateur devrait se pencher avec plus de sollicitude parce que leur union n'a pas été heureuse, parce que leur mari ne s'est pas trouvé à la hauteur de sa tâche ou qu'il est en proie au désordre mental ou moral ; c'est à ces cas de pathologie juridique que le législateur devrait accorder une attention toute particulière. En outre, si les épouses acceptent habituellement bien volontiers un joug qui sait se faire léger, la loi ne peut-elle prévoir le cas de personnalités plus marquées, jalouses de leur indépendance, et leur offrir une possibilité d'évoluer plus librement. Selon nous, la loi doit être adaptée aux besoins du plus grand nombre, mais elle doit prévoir la possibilité de cas exceptionnels.

On a craint aussi qu'en rendant la femme plus libre on ne vienne à affaiblir la famille, à diminuer sa cohésion ; tout est là, nous semble-t-il, question de mœurs et question de sage mesure ; par ailleurs n'est-ce pas précisément lorsqu'une chose ne vous est pas accordée qu'on la désire ? Est-ce toujours pour en faire usage quand on l'a obtenue ? En outre, l'affirmation du principe de la capacité patrimoniale de la femme n'est nullement en opposition avec le

(24) Cf. NIBOYET in *Bull. législ. comp.* 1923, pp. 344 et 348. M. NIBOYET recommande la lecture du chapitre sur le rôle de la famille française in Erik SJOESTEDT, « le secret de la sagesse française ».



maintien d'une certaine prééminence du mari dans le domaine personnel.

Bien peu de pays ont cherché à réaliser l'indépendance absolue de l'épouse à la fois dans les domaines personnel et patrimonial.

La Russie est entrée dans cette voie (25) mais on connaît la mystique qui l'y a conduite ainsi que les conceptions qu'elle entraîne concernant la famille. Quelques pays l'ont sans doute suivie (26) ; mais la plupart des législations du monde civilisé reconnaissent la prééminence du mari dans le domaine personnel (27). On a déjà insisté sur ce point, mais nous croyons qu'il est utile d'y revenir encore ; la plupart des pays qui ont, depuis quelque trente ou quarante ans, supprimé l'incapacité patrimoniale de la femme ne se sont pas crus obligés pour autant de lui accorder la pleine capacité personnelle : ils ont presque tous conservé le principe d'après lequel le mari est le chef du ménage ou en a la direction.

Le Code italien désigne le mari comme « capo della famiglia » (art. 131 C. civ. it.) ; le code roumain accorde au mari la direction du ménage ; l'Allemagne considère le mari comme « Haupt der Familie » ; la Suisse reconnaît dans l'art. 160 de son Code civil que le mari est le chef de l'union conjugale ; or, dans tous ces pays, la femme est capable.

Rien ne s'oppose donc à ce qu'en France on institue la capacité de la femme mariée sans retirer pour cela au mari son rôle de chef. C'est ce que prévoit le projet René Renoult depuis l'amendement de M. Georges Pernot, qui a été adopté

(25) *Codes de la famille soviétiques* (1917 et 1927), cf. Marc ANCEL in *Annales Inst. Droit comp.*, I, p. 159.

(26) Suède, Mexique. Cf. Marc ANCEL, *loc. cit.*, Cf. Roger RÉAU, G. FORSIUSS et Robert MARTIN, *Les lois suédoises sur le mariage*, intr., pp. XIII-XIV.

(27) Marc ANCEL, *étude citée*, p. 160.



au Sénat, non sans discussion d'ailleurs. La plupart des législations que nous avons indiquées, malgré qu'elles accordent pleine capacité à la femme, conservent, dans l'intérêt du ménage, un droit de contrôle du mari sur le choix d'une profession par sa femme ; c'est le cas en Allemagne et en Suisse. C'est aussi ce que propose le projet René Renoult avec ses derniers amendements.

On a dit encore, et c'est ici, croyons-nous, l'objection la plus dangereuse, qu'on ne pourrait accorder la capacité à la femme mariée qu'en bouleversant complètement l'économie de nos régimes matrimoniaux. Cette affirmation est devenue un lieu commun chez nous (28) : nous la croyons radicalement fausse, au même titre que bien des lieux communs, et nous nous élevons violemment contre elle. Cette affirmation est née d'une confusion regrettable entre deux facultés que nous avons mis tous nos efforts à distinguer au cours de cette étude : nous voulons dire la capacité et les pouvoirs de la femme mariée (29) ; il s'agit là de deux facultés juridiques de nature différente, et l'intérêt qu'il y a à les distinguer n'est pas seulement théorique mais pratique : on peut très bien les réglementer indépendamment l'une de l'autre. Autre chose est, comme le faisait remarquer M. Niboyet (30), le fait d'être capable et celui d'avoir du crédit ; autre chose est la possibilité de passer un acte valable et celle d'engager tout ou partie de ses biens. Nous n'en voulons pour preuves que la législation allemande, dont cette étude nous a permis de mieux comprendre le jeu, et la législation suisse très voisine sur ce point.

Nous nous inscrivons donc en faux contre cette opinion

(28) Cf. *Bull. Sté législ. étr.*, p. 341.

(29) Cf. Marc ANCEL, *étude citée* ; cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE in *Rev. trim. de droit civil* 1908, pp. 837 et s. ; cf. BEUDANT, t. II, *L'état et la capacité des personnes*, pp. 560 et s.

(30) Cf. *Bull. Sté législ. comp.* 1933, pp. 350 et s.

que l'on ne peut accorder à la femme la pleine capacité qu'en modifiant les régimes matrimoniaux ; quand on parle régime, on parle pouvoirs et non capacité (31). D'ailleurs, la Commission de législation civile et criminelle du Sénat n'at-elle pas cru devoir scinder son projet en deux parties, se proposant avec méthode de franchir dans la voie de l'émancipation de l'épouse, la première étape qui consiste à proclamer le principe de la capacité (32).

Reste alors une autre objection, celle que formulent sans doute implicitement les partisans du radical « *tout ou rien* ». Que faire d'une capacité sans pouvoirs ? La femme capable qui n'a pas de pouvoirs n'est-elle pas semblable à l'enfant qui porte une chaîne sans avoir de montre à mettre au bout ? Inutile d'accorder à la femme une capacité que son défaut de pouvoirs paralysera, inutile d'introduire une réforme appelée à rester lettre morte. Nous nous inscrivons encore en faux contre cette deuxième assertion ; nous avons dit déjà, et nous croyons que notre étude l'a suffisamment prouvé sur le terrain expérimental, que la distinction entre capacité et pouvoirs a beaucoup plus qu'un intérêt théorique.

En effet notre étude nous a permis, en confrontant le droit français et le droit allemand, de comparer *in vivo* les deux systèmes opposés que préconisent respectivement les partisans de l'adoption du projet René Renoult dans sa forme actuelle, et les défenseurs du *statu quo*. Nous répétons que la législation allemande du BGB, en ce qui concerne la capacité et les pouvoirs, organise un système très voisin de celui qui se trouverait réalisé chez nous, une fois la première partie du projet René Renoult adoptée. La femme y dispose en effet de la plus complète capacité, mais

(31) Cf. ANCEL in *Annales de l'Institut de Droit comparé*, I, pp. 153 et s.

(32) Cf. *Bull. Sté Et. législ.*, année 1934, p. 84.

elle voit, sous le régime matrimonial le plus répandu, ses pouvoirs restreints et presque anéantis par les pouvoirs accordés au mari sur une partie du patrimoine de l'épouse.

La valeur que prennent les conclusions de notre étude comparée vient, croyons-nous, de ce qu'il ne s'agit pas de joutes oratoires purement théoriques : ils nous a été permis de voir comment fonctionnaient les deux systèmes dans la pratique. Nous nous permettons donc de rappeler ces conclusions (33). En première ligne, il faut avouer que la restriction apportée aux pouvoirs de la femme mariée allemande du fait du régime a bien souvent dans la pratique les mêmes effets que l'incapacité de l'épouse française ; mais cela ne veut pas dire que leur situation soit en tout et pour tout assimilable ; loin de là.

Nous concédons volontiers que, dans le cas normal, celui où les époux vivent en bonne harmonie et où ils sont en outre mariés sous le régime matrimonial le plus courant, l'épouse allemande et l'épouse française sont dans des situations analogues ; il en serait de même pour l'épouse régie par le projet René Renoult devenu loi.

Mais la proclamation du principe de capacité a permis au BGB. de faire à la femme mariée une situation plus enviable que celle de la Française, précisément dans les deux cas que nous avons prévus antérieurement comme étant ceux où la femme a plus particulièrement soif de capacité et à juste titre.

Lorsque le mari est malade ou absent, l'épouse allemande recouvre, à certaines conditions, tous ses pouvoirs. Quant au cas où la femme, ayant une forte personnalité, désire une indépendance plus grande que ne la souhaite ordinairement son sexe, il se résout très facilement par l'adoption du

(33) Cf. *supra*, n<sup>os</sup> 34 et 35 ; n<sup>os</sup> 49 et 55 ; n<sup>os</sup> 79 et 100 ; n<sup>os</sup> 123 et 130 ; n<sup>os</sup> 139 et 146 ; n<sup>os</sup> 179, 184 et 185.

régime de la séparation des biens. La femme séparée de biens en Allemagne n'est point paralysée comme chez nous par un principe suranné d'incapacité (34) : elle est en pleine possession de sa capacité et de ses pouvoirs, sous réserve de prouver son régime.

L'adoption du projet René Renoult permettrait d'instaurer chez nous ces deux améliorations. La première le serait expressément en vertu de l'amendement de M. Lefas, adopté en séance du 19 mars et ajoutant un 3<sup>e</sup> alinéa à l'art. 213 nouveau. En ce qui concerne la seconde, il serait souhaitable que les époux séparés de biens pussent par leur contrat étendre sans limite les pouvoirs de la femme restreints par les art. 1449 al. 3 et 1538, al. 2, C. civ. L'art. 223 C. civ. qui empêche à l'heure actuelle le mari d'accorder à sa femme des pouvoirs dépassant l'administration est une disposition d'ordre public. Ne pourrait-on préciser que, sans attendre la modification des régimes matrimoniaux, l'abrogation de cet art. 223 entraînerait celle des alinéas 3 de l'art. 1449 et 2 de l'art. 1538 qui n'en sont que des conséquences ?

Nous croyons que ces deux réformes seraient de la plus haute importance, parce que c'est précisément dans l'éventualité de mésintelligence entre époux ou de forte personnalité de l'épouse, que le système actuel se révèle inadéquat, et non dans la grande majorité des cas où il s'agit d'un ménage de « Français moyens ».

La proclamation de la capacité a permis également au BGB. de rejeter le principe de la spécialité de l'autorisation qui est peut-être le principe le plus gênant, non seulement pour la femme française, mais aussi pour son mari qui ne se voit pas si volontiers transformé en distributeur de « Bon pour autorisation ». Nous avons vu qu'en particulier lorsqu'il s'agissait pour la femme mariée de se faire ouvrir un

(34) Cf. dans ce sens les réponses faites à l'enquête de M. NIBOYET en Alsace in *Bull. Sté de législ. comp.* 1933, pp. 367 et s.

compte en banque, si le banquier allemand exige le plus souvent l'autorisation maritale (non pas aux fins de capacité, mais aux fins de pouvoirs), il se contente du moins d'une autorisation générale, donnée une seule fois à l'ouverture du compte. Bien des difficultés se trouveraient peut-être aplanies si la France était soumise au même régime ; nous pensons que l'adoption du projet René Renoult pourrait permettre de faire disparaître le principe de la spécialité dans le cas où l'autorisation resterait nécessaire aux fins de pouvoirs.

Nous croyons donc que le rapprochement, fait par nous, entre les législations allemande et française nous permet de répondre facilement aux deux objections d'ordre opposé que l'on peut faire à une législation qui accorde à la femme la pleine capacité, tout en conservant certaines restrictions à ses pouvoirs : ces restrictions proviennent des pouvoirs que le régime matrimonial concède, dans l'intérêt du ménage, au mari sur une partie au moins du patrimoine de l'épouse.

Trouve-t-on que cette réforme, à elle seule, va trop loin, nous répondons aux partisans de cette objection qui se font d'ailleurs de plus en plus rares aujourd'hui (35) : proclamer la capacité de la femme mariée n'est pas réaliser une réforme à portée aussi considérable qu'on le croit : pour la plupart des épouses françaises qui sont communes en biens la situation ne serait que très peu modifiée ; elles auront la capacité mais non les pouvoirs.

A l'autre objection, selon laquelle la réforme ne servirait à rien, nous pouvons répondre que l'affirmation du principe de capacité de l'épouse améliore sur bien des points la situation de cette dernière, en lui permettant d'exercer librement ses pouvoirs lorsque le mari est malade ou absent ou bien encore lorsqu'elle est séparée de biens.

(35) Cf. ROVAST in *Bull. Sté Et. législ.*, année 1934, p. 83. Cf. ANCEL in *Annales Inst. Droit comp.*, 1, p. 157.



On peut prendre, comme nous l'avons dit, à l'égard de la question une position beaucoup plus radicale et dire : pourquoi s'arrêter à mi-chemin dans la voie des réformes, pourquoi ne pas émanciper la femme complètement, en instituant la séparation de biens comme régime légal ? La question devient alors autrement grave et se place sur un tout autre terrain où l'on rencontre la résistance légitime de nombreux juristes.

Nous ne pouvons, vu le cadre de notre étude, entreprendre une discussion qui nous entraînerait à peser les mérites respectifs des régimes de communauté et de séparation ; mais nous nous permettons de présenter quelques observations à ce sujet.

Il est certain que, si le but qu'on se propose est d'émanciper radicalement la femme mariée, il faut en bonne logique juridique soumettre les époux au régime de la séparation de biens. Mais cette émancipation absolue est-elle vraiment souhaitable, est-elle souhaitée par les intéressées ?

Nous n'insistons pas sur les inconvénients moraux et sociaux de la séparation de biens, souvent mis en avant et que nous estimons réellement très considérables (36) ; mais, ce que nous voudrions chercher à élucider, c'est si vraiment les femmes françaises désirent gérer dorénavant complètement et personnellement leur patrimoine. Cela, nous ne le croyons pas ; nous pensons au contraire que l'épouse préfère ordinairement rester étrangère à ces questions financières qui n'offrent aucun charme, il faut bien l'avouer. Nous sommes persuadée que, si l'on instituait la séparation de biens comme régime légal, la femme mariée continuerait à s'en remettre à son mari pour la gestion de son patrimoine, comme elle le faisait généralement par le passé. Il s'agit là d'un phénomène assez général connu en France et

(36) Cf. NIBOYET in *Bull. Sté législ. comp.* 1933, pp. 343 et 344.



en Allemagne. La femme mariée anglaise elle-même préfère confier le soin de ses capitaux à un « trustee », qui en fait est assez souvent le mari si nous en croyons certains renseignements ; dans les conventions entre époux appelées « marriage settlements », il est souvent décidé que le mari a la jouissance du patrimoine de la femme (37) ; où est donc cette belle indépendance à laquelle nous croyons si fort sur le continent ?

Si l'épouse n'a pas l'intention de gérer sa fortune elle-même, pourquoi vouloir à toute force lui imposer un régime matrimonial qui ne correspond en rien aux mœurs et qui ne prévoit aucune garantie de la femme contre une mauvaise gestion éventuelle du mari (38) ? Le régime de participation aux acquêts envisagé dans la 2<sup>e</sup> partie du projet René Renoult offre moins d'inconvénients que la séparation de biens ; il est techniquement excellent, mais de l'avis des praticiens avertis, il n'est pas à la portée de la masse.

Nous revenons donc à notre idée que les lois ne doivent pas devancer par trop les mœurs, sans quoi elles risquent

(37) Cf. HALSBURY, *Laws of England*, t. XVI, n° 972, p. 618. Cf. EVERSLEY, *On domestic relations*, p. 86. Cf. ROGUIN, *Le Régime matrimonial* (en droit comparé), p. 642 : « l'idée maîtresse en droit anglais est de transformer la dot féminine en une fondation ». Cf. BRISSAUD, p. 91.

(38) Beaucoup de praticiens qualifiés considèrent en effet que, dans l'état actuel, l'adoption de la séparation de biens comme régime légal serait désastreuse pour bien des femmes. On a mis en avant que les notaires n'aiment pas la séparation de biens, parce que la confection des contrats qui l'établissent leur rapporte des honoraires moindres que ceux relatifs aux autres régimes ; cependant, comme nous le faisait observer M. JOUSSELIN dans son *Cours* sur les régimes matrimoniaux, professé à la Faculté de Droit de Paris en 1936-37, les époux avisés font l'inventaire de leurs biens dans un contrat de séparation de biens, afin d'éviter les complications que présente sous ce régime la question des reprises. Cf. MARE ANCEL, *étude citée*, p. 150.

de rester lettre morte (39). Nous avons déjà affirmé à plusieurs reprises ce principe, qui s'est trouvé confirmé d'ailleurs par notre étude comparée. Nous n'en donnons qu'une illustration : si la loi de 1907 n'a pas eu tout le résultat qu'on en attendait, c'est sans doute parce que le système de preuve des biens réservés qu'elle prévoit laissait à désirer ; mais c'est aussi parce que la femme elle-même y était mal préparée ; nous avons été confirmée dans cette opinion par M. Jousselin qui a insisté dans le cours qu'il professait l'année dernière à la Faculté de Droit de Paris, sur ce point que les principales intéressées ignoraient jusqu'à l'existence de la loi du 13 juillet 1907, plusieurs années encore après la guerre. La première chose à faire en faveur de la femme serait donc de développer son éducation juridique.

Contrairement au régime de la séparation de biens, le régime de communauté est tout à fait conforme à nos mœurs en son esprit au moins ; il a pour lui d'être une tradition séculaire, un patrimoine national (40). Comme le faisait remarquer M. Niboyet, on ne démolit pas les monuments historiques quelque peu lézardés, on les restaure (41) ; rien n'empêche de modifier notre régime de communauté de façon à l'adapter plus exactement aux tendances modernes.

Si par suite nous faisons des réserves quant à la seconde partie du projet René Renoult encore à l'étude, nous nous prononçons catégoriquement en faveur de la première partie dudit projet dans sa teneur actuelle.

On a loué déjà la valeur technique de la méthode employée dans le projet et qui consiste à abroger tous les articles périmés du code civil pour les remplacer par des

(39) Cf. M<sup>re</sup> ANCEL in *Annales de l'Institut de Droit comparé*, pp. 167 et 168.

(40) Cf. sur ce point la thèse de M. Léon BÉRARD et LEFEBVRE, p. 94.

(41) Cf. NIBOYET in *Bull. Sté législ. comp.*, année 1923, p. 344.

articles nouveaux ; nous n'y reviendrons pas (42). Nous croyons d'ailleurs qu'il est beaucoup plus simple d'affirmer le principe général de capacité de la femme mariée, que d'énumérer limitativement les possibilités qu'on lui accorde ; les restrictions viendront d'elles-mêmes, du fait des limites apportées par les régimes matrimoniaux aux pouvoirs de l'épouse ; affirmer la capacité de la femme mariée, ce n'est en effet nullement préjuger de ses pouvoirs, ce n'est résoudre la question ni du gage des créanciers, ni du crédit que l'épouse pourra obtenir (43).

Mais si nous apprécions la première partie du Projet René Renoult telle qu'elle se présente actuellement, c'est tout spécialement pour son fond, pour les réformes qu'elle introduit.

En ce qui concerne les rapports personnels des époux, nous croyons très heureux de faire disparaître l'idée d'assujettissement de l'épouse, en rayant du code le terme d'obéissance ; nous ne sommes plus en effet au temps où Malherbe pouvait écrire : « La plus grande beauté d'une femme est d'obéir son mari » ; nous louons cependant les artisans du projet de vouloir conserver au mari une certaine prééminence dans le ménage en sa qualité de chef de famille, étant bien entendu que les prérogatives du mari seront beaucoup moins étendues que celles conférées par l'ancienne puissance maritale ; nous les louons aussi de réserver au mari un certain contrôle sur le choix d'une profession par la femme. La situation de la femme commerçante nécessitera d'ailleurs des précisions ultérieures.

Dans le domaine patrimonial nous considérons comme tout-à-fait souhaitable de proclamer le principe général de

(42) Cf. René ROGER in *Bull. législ. comp.* 1933, pp. 230 et 246 ; Marc ANCEL in *Annales de l'Institut de Droit comparé*, I, pp. 146 et s.

(43) Cf. NIBOYET in *Bull. Sté de législ. comp.* 1933, pp. 345 et s. (particulièrement pp. 350 et 351). Cf. ANCEL, *étude citée*, p. 156.

la capacité de la femme mariée, en réservant la question des pouvoirs qui dépendent de l'économie des régimes matrimoniaux ; nous approuvons encore la situation faite par le projet à la femme dont le mari est malade, absent ou interdit.

Nous regrettons cependant qu'un certain nombre de points soient restés en dehors de cette première partie du projet.

Le pouvoir ménager aurait dû, selon nous, être affirmé dans cette première partie comme un pouvoir propre de l'épouse (44) dérivant du mariage. Le problème des effets de ce pouvoir aurait été seul réservé pour la partie relative aux régimes matrimoniaux.

Nous croyons qu'il faudrait aussi faciliter à la femme mariée la preuve de sa capacité, puisque le mari peut la restreindre ; le système de publicité du registre matrimonial allemand que l'on a parfois songé à adopter en France ne nous paraît pas devoir donner satisfaction à cet égard, vu l'expérience qu'en ont faite nos voisins ; beaucoup d'époux préfèrent en effet, pour éviter des frais, ne pas faire porter au Güterrechtsregister les mentions prévues. Le carnet de capacité dont le sénateur Portmann défend la cause, nous paraît bien préférable.

Les relations d'affaires seraient grandement facilitées à l'épouse si l'on ne faisait pas passer l'intérêt du mari avant celui des tiers (45) ; l'exemple allemand nous a prouvé a contrario qu'en protégeant la bonne foi de ces derniers, on accorderait indirectement plus d'indépendance à la femme. Ces quelques réserves faites, nous considérons que la première partie du projet René Renoult introduit une

(44) Cf. NIBOYET in *Bull. Sté législ. comp.*, p. 347 ; ANCEL, *étude citée*, p. 167 ; ROUAST in *Bull. Sté Et. législ.*, année 1934, pp. 89 et s. Cf. *supra*, n° 79.

(45) Cf. NIBOYET in *Bull. Sté législ. comp.* 1933, p. 351.

réforme merveilleusement adaptée aux nécessités présentes ; elle est partielle sans doute, mais c'est la sagesse même qui conseille au législateur de procéder par étapes successives (46).

Si le projet est adopté par la Chambre des Députés, la femme mariée se trouvera dans une situation qui sera, comme le fait observer M. Ancel (47), une transition heureuse entre le système de 1804 et le système des législations les plus modernes. Il appartiendra alors à la femme de tracer au législateur la voie qu'il doit suivre, en lui montrant l'usage qu'elle sait faire des libéralités qu'il lui accorde.

(46) Cf. ROUAST in *Bull. Sté Et. législ.*, année 1934, pp. 82 et 84.

(47) Cf. ANCEL, *étude citée*, p. 155.

VU : Le Doyen,

E. ALLIX.

VU : Le Président de thèse,

J. NIBOYET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Recteur de l'Académie de Paris,*

ROUSSY.

# ANNEXES

## ANNEXE A

### *Statistique des Contrats de Mariage conclus en Bavière*

(de 1900 à 1925) (1)

(les seuls contrats envisagés sont ceux qui ont été inscrits  
au registre matrimonial)

*pour Munich seulement*

| DÉSIGNATION<br>DES ANNÉES | SÉPARATION<br>DE BIENS | COMMUNAUTÉ<br>UNIVERSELLE | COMMUNAUTÉ<br>D'ACQUÊTS | COMMUNAUTÉ<br>DE MEUBLES<br>ET ACQUÊTS |
|---------------------------|------------------------|---------------------------|-------------------------|----------------------------------------|
| 1900                      | 369                    | 482                       | 13                      | »                                      |
| 1905                      | 532                    | 179                       | 2                       | 1                                      |
| 1910                      | 561                    | 8                         | 3                       | »                                      |
| 1913                      | 693                    | 17                        | 2                       | »                                      |
| 1918                      | 336                    | 8                         | »                       | »                                      |
| 1921                      | 737                    | 8                         | »                       | »                                      |
| 1925                      | 632                    | 7                         | 2                       | 31                                     |

(1) Ces renseignements provenant du Ministère de la Justice Bavarois sont communiqués par le Pf. Arthur NUSSBAUM de Berlin in *Arch. f. Die Ziv. Praxis*, t. CXXVIII, pp. 40 à 61. Ils doivent être considérés comme des renseignements fragmentaires, les chiffres indiqués ne correspondant nullement à la moyenne pour l'ensemble du Reich.



*pour toute la Bavière (compris Palatinat)*

| DÉSIGNATION<br>DES ANNÉES | SÉPARATION<br>DE BIENS | COMMUNAUTÉ<br>UNIVERSELLE | COMMUNAUTÉ<br>D'ACQUÊTS | COMMUNAUTÉ<br>DE MEUBLES<br>ET ACQUÊTS |
|---------------------------|------------------------|---------------------------|-------------------------|----------------------------------------|
| 1900                      | 1.508                  | 1.189                     | 573                     | 1                                      |
| 1905                      | 1.709                  | 503                       | 1.789                   | 4                                      |
| 1910                      | 1.920                  | 170                       | 1.214                   | »                                      |
| 1913                      | 1.877                  | 44                        | 579                     | »                                      |
| 1918                      | 853                    | 21                        | 172                     | 42                                     |
| 1921                      | 1.953                  | 28                        | 308                     | »                                      |
| 1925                      | 1.587                  | 21                        | 34                      | 31                                     |

*Statistique des Contrats de Mariage pour une partie de Berlin*  
*(Berlin-Mitte) (de 1900 à 1927) (2)*

*Berlin-Mitte*

| DÉSIGNATION<br>DES ANNÉES      | COMMUNAUTÉ<br>UNIVERSELLE | COMMUNAUTÉ<br>D'ACQUÊTS | COMMUNAUTÉ<br>DE MEUBLES<br>ET ACQUÊTS |
|--------------------------------|---------------------------|-------------------------|----------------------------------------|
| 1900                           | 0                         | 0                       | néant                                  |
| 1905                           | 5                         | 7                       |                                        |
| 1913                           | 8                         | 4                       |                                        |
| 1925                           | 19                        | 0                       | 1                                      |
| 1926                           | 6                         | 6                       | néant                                  |
| 1927<br>(1 <sup>er</sup> sem.) | 10                        |                         |                                        |

(2) Cf. Arthur NUSSBAUM, *Arch. Ziv. Prax.*, t. CXXVIII, p. 44.

## ANNEXE B

*Statistique des Mariages et Contrats de Mariage  
conclus en Wurtemberg (de 1900 à 1927) (1)*

(avec le nombre d'inscriptions au registre matrimonial)

| DÉSIGNATION<br>DES ANNÉES | NOMBRE<br>DES MARIAGES | NOMBRE<br>DES CONTRATS | NOMBRE<br>D'INSCRIPTIONS<br>AU REGISTRE<br>MATRIMONIAL<br>DES BIENS |
|---------------------------|------------------------|------------------------|---------------------------------------------------------------------|
| 1900                      | 17.104                 | 1.682                  | 352                                                                 |
| 1902                      | 17.177                 | 3.218                  | 874                                                                 |
| 1904                      | 17.179                 | 3.453                  | 817                                                                 |
| 1906                      | 18.617                 | 4.588                  | 744                                                                 |
| 1908                      | 18.073                 | 5.146                  | 791                                                                 |
| 1910                      | 17.449                 | 4.757                  | 697                                                                 |
| 1912                      | 18.356                 | 4.270                  | 659                                                                 |
| 1914                      | 15.511                 | 3.210                  | 536                                                                 |
| 1916                      | 8.356                  | 1.262                  | 159                                                                 |
| 1918                      | 11.150                 | 1.684                  | 177                                                                 |
| 1920                      | 32.027                 | 7.513                  | 344                                                                 |
| 1922                      | 23.915                 | 5.688                  | 316                                                                 |
| 1924                      | 15.637                 | 1.749                  | 259                                                                 |
| 1926                      | 18.351                 | 2.045                  | 281                                                                 |
| 1927                      | 19.979                 | 5.502                  | 264                                                                 |

(1) Ces renseignements figurent dans un article de M. HÖRNER, de Stuttgart, *Familien und erbrechtliche Tatsachen in Württemberg* in *Arch. Ziv. Prax.*, t. CXXIX, pp. 340 et s.

## ANNEXE C

FORMULE 1. — *Autorisation maritale*

Formule usitée dans les Banques Berlinoises vers 1903 :

« Mit der Errichtung und Führung eines Depositen- und Effektenkontos bei der ..... Bank hierselbst durch meine Frau bin ich einverstanden ».

Traduction :

« Je consens par la présente à ce que ma femme se fasse ouvrir et fasse fonctionner un compte de dépôt à la Banque X... ».

FORMULE 2. — *Formule d'autorisation maritale proposée par le D<sup>r</sup> Sontag (1)*

« Hierdurch willige ich darein, dass meine Ehefrau.... Wertpapiere und Wertgegenstände jeder Art bei Ihnen hinterlegt, ein Depot- und Bankkonto errichten lässt und über die hinterlegten Wertpapiere sowie die Bestände des Konten beliebig verfügt ».

Traduction :

« Je consens par la présente à ce que ma femme ..... dépose chez vous tous titres et objets précieux, à ce qu'elle se fasse ouvrir un compte de dépôt, et à ce qu'elle dispose à son gré des valeurs déposées ainsi que des sommes portées au crédit du compte. »

(1) Art. cité, p. 138.

## ANNEXE D

FORMULE 3. -- *Autorisation maritale pour l'ouverture d'un compte en banque et pour son fonctionnement (à l'heure actuelle en Allemagne)*

1<sup>er</sup> TYPE :

« Je consens par la présente à ce que ma femme ..... née ..... fasse-fonctionner chez vous à son nom un compte de dépôt et en dispose seule, en particulier à ce qu'elle prenne tous engagements exécutoires même sur ceux de ses biens qui ne sont pas déposés chez vous. J'approuve d'avance tous actes passés par ma femme, ainsi que les « actes de disposition » qu'elle aurait déjà faits à ce jour. Cette approbation demeure valable jusqu'à la cessation des relations d'affaires entre ma femme et vous. »

2<sup>e</sup> TYPE :

« J'autorise ma femme à se faire ouvrir et à faire fonctionner un compte de dépôt à la Banque X... et j'approuve par avance tous actes que ma femme passera concernant ledit compte, même si elle devait se faire accorder un crédit. Cette approbation demeure valable à l'égard de la Banque tant qu'il ne lui sera pas parvenu de ma part une révocation écrite. »

Signature du mari :

3<sup>e</sup> TYPE :

« Je me déclare d'accord avec l'ouverture du compte, je consens à ce que ma femme passe tous actes avec la Banque X... et reconnais comme valables tous ses « actes de disposition » relatifs audit compte. »

Signature du mari ;

## ANNEXE E

FORMULE 4. — *Compte-joint pour lequel les époux ne peuvent faire d'actes de disposition qu'ensemble*  
(Allemagne)

« Nous vous prions par la présente de bien vouloir nous ouvrir dans vos livres sous la dénomination ..... un compte-joint, avec la condition que nous ne pourrions *disposer que conjointement* des avoirs existants et des valeurs déposées.

En cas de décès de l'une des parties, le droit de *disposer* du compte-joint appartiendra à la partie survivante, à l'exclusion des héritiers du *de cujus*. »

FORMULE 5. — *Autorisation maritale pour l'ouverture d'un compte à une femme commerçante :*

« Je déclare par la présente que c'est à ma connaissance et avec mon consentement que ma femme ..... exploite son fonds de commerce sous la raison sociale..... à .....

Je donne par la présente mon consentement à tous les actes judiciaires et extra-judiciaires que pourrait entraîner l'exploitation de son fonds de commerce (1).

Ce consentement sera considéré comme valable irrévocablement à votre égard jusqu'à la cessation des relations d'affaires entre ma femme et vous. »

(1) « Welche der Betrieb ihres Handelsgeschäfts mit sich bringt »,

## ANNEXE F

FORMULE 6. — *Autorisation maritale dans nos départements recouvrés (compte en banque)*

Je soussigné ..... autorise M<sup>me</sup> ..... ma femme, à se faire ouvrir un compte de chèques à la Banque X, à verser toutes sommes, à remettre tous coupons, effets ou titres à encaisser, au crédit du dit compte, à déposer tous titres, à retirer toutes sommes portées à son crédit et tous titres déposés sous son nom ; à faire vendre tous titres déposés ou à déposer par elle, et à faire employer toutes sommes portées ou à porter à son crédit en achat de titres cotés ou non cotés, ainsi qu'elle avisera ; à emprunter, jusqu'à concurrence de leur valeur, sous déduction de la marge d'usage, sur tous titres donnés en nantissement ; à signer tous chèques, reçus ou mandats, toutes quittances ou décharges, tous ordres d'achat ou de vente, à arrêter tous comptes ; enfin à user de son compte de chèques n<sup>o</sup>..... et de tous les services de la Banque, sans restriction ni réserves, la présente autorisation étant valable jusqu'à révocation notifiée à la Banque.

(Signature du mari précédée des mots :  
Bon pour autorisation maritale).

---





## BIBLIOGRAPHIE (1)

---

### I. — Droit comparé

- ANCEL (Marc). — *Le projet français sur la capacité de la femme et les enseignements du droit comparé*, in *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, I, Paris 1934.
- *Le changement de nationalité*, in *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*. Publication de l'Institut de droit comparé de Paris, pp. 261 et s.
- AUBÉRY (Gaëtan). — *France et Allemagne. Le droit civil et la prééminence juridique*. Paris 1919.  
*Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris.
- CROME (Carl). — *Les similitudes du Code civil allemand et du code civil français*, in *Livre du Centenaire du Code civil (1804-1904)*, t. 2, pp. 587 et s.

(1) Nous nous sommes habituellement contentée dans nos notes, pour éviter de les alourdir, de désigner les ouvrages auxquels nous renvoyons par le seul nom de l'auteur. Quand nous nous référons à plusieurs travaux d'un même auteur, nous n'avons employé ce procédé que pour l'ouvrage figurant le premier dans la liste de notre bibliographie correspondant audit auteur ; pour les autres travaux quelques brèves additions permettent de retrouver facilement l'œuvre dont il s'agit. Exceptionnellement il peut se trouver que les divers ouvrages d'un même auteur figurent sous des rubriques différentes (par exemple : *Droit comparé* et *Droit français*), dans ce cas le nom isolé de l'auteur renvoie au plus général ou au plus important de ses ouvrages.

- DEMOGUE (René). — *L'unification internationale du droit privé*, Paris 1927.
- DESCHENAUX (Henri). — *La nature juridique de la communauté de biens entre époux, d'après les droits français, allemand et suisse*, Thèse Fribourg, Paris 1934.
- FEHNER-HERRMANN. — *Dictionnaire juridique et administratif, Français-Allemand, Allemand-Français, Strasbourg et Paris* 1920.
- GÉNY (François). — *Contribution à l'étude de la question des biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet du Code civil suisse de 1900*, in Bull. Sté ét. légis. 1901-1902, pp. 155 et s., pp. 304 et s., Paris 1902.
- GUILLOT (Louis). — *La condition juridique de la femme mariée dans le domaine des intérêts pécuniaires en droit comparé*. Thèse Poitiers 1912.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (Léon). — *L'influence du mariage sur la nationalité de la femme en Roumanie et dans les législations modernes*, in Quatre conférences sur la Roumanie, Paris 1930, pp. 23 à 38.
- KADEN (Erich-Hans). — *Bibliographie der rechtsvergleichenden Literatur des Zivil- und Handelsrechts in Zentral- und Westeuropa und in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1870-1928*, Berlin 1930.
- *Eheliches Güterrecht* in RvglHW, t. II, p. 704.
- *Rechtsvergleichung* in RvglHW, t. VI, pp. 9 à 27.
- *Schlüsselgewalt* in RvglHW, t. VI, pp. 196 à 208.
- KAUSCHANSKY (D. M.). — *Persönliche und wirtschaftliche Lage der Frau, in der Ehe nach europäischem Recht* in Zeitschrift für Sexualwissenschaft... XVIII Band, 1931, pp. 368 à 395 et 1932, pp. 459 à 485.
- KIPP (Karl Theodor). — *Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den romanischen*

- Rechten*. In *Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät*. Berlin 1928.
- LAIR (Jacques). — *Etude de droit comparé sur la capacité civile de la femme mariée*. Thèse Paris 1909.
- LA GORCE (Marie Isabelle de). — *Régime des biens de la femme mariée en droit anglais et en droit français comparé*. Thèse Lille 1934.
- LAMBERT (Edouard). — *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Introduction : la fonction du droit civil comparé. Paris. 1903.
- *Le Congrès international de droit comparé de 1932* in *Annales Université de Lyon*, nouvelle série II, f. 45.
- *Sources du droit comparé ou supra-national. Législation uniforme et jurisprudence comparative*, in *Recueil... sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris 1935, tome 3, pp. 478 à 510.
- LÉVY-ULLMANN (Henri). — *De l'utilité des études comparatives in la Revue du droit*, Québec 1923.
- *Vers le droit mondial du xx<sup>e</sup> siècle*. Préface au tome premier de la collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international (Thèse Lepaulle, Paris 1923), Paris 1923.
- NIBOYET (Jean-Paulin). — *Cours de droit civil comparé professé à la Faculté de Droit de Paris* (1933-1934).
- OETTINGER (Franz). — *Die Haftung der Frau für Schlüsselgewaltsschulden. Eine rechtsvergleichende Darstellung unter Berücksichtigung der Reform des deutschen Rechtes*. Thèse Leipzig 1932.
- PETRESCO-ERCEA (G.). — *La puissance maritale en droit comparé (envisagée en dehors du régime matrimonial des époux)*, thèse Paris 1923.

- Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil-und Handelsrecht des In-und Auslandes*, hgg v. Dr. Franz Schlegelberger, Berlin 1929 (en cours d'achèvement).
- ROGUIN (Ernest). — *Trailé de droit civil comparé. Le mariage* Paris 1904. *Le régime matrimonial*, Paris 1905.
- ROUAST (André). — *La condition civile de la femme en droit comparé. Cours de doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris en 1932-1933*. (L'introduction seule existe le cours ayant été interrompu).
- SALEILLES (Raymond). — *Conception et objet de la science du droit comparé (rapport présenté au Congrès international de droit comparé de 1900)*, in Bull. Sté législ. comp. année 1899-1900, pp. 383 et s.
- *La fonction juridique du droit comparé*, in Festgabe zu J. Kohler, 1909, pp. 164 à 175.
- SARAGA (N.). — *La capacité de la femme mariée (France, Roumanie)*, thèse Paris, 1936.
- SCHLEGELBERGER (Franz). — Cf. *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*.
- STATI (Marcel). — *Le standard juridique*, thèse Paris, 1927.
- STRUPP (Herbert). — *Der Gedanke der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe gemäss art. 119 abs. 1 satz 2 der R. V., nach dem BGB. des Deutschen Reichs unter Berücksichtigung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*. Thèse Königsberg 1922.
- TUMERELLE (Adeline). — *Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous les régimes de communauté (Droit français et droit belge comparé)*. Thèse Paris 1935.
- WEISS (André). — *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil*, in Bull. Sté législ. comp. Années 1899-1900, pp. 417 et s.

## II. — Droit Français

## A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition revue par Etienne Bartin, (tome VII Paris 1913).
- BEUDANT (Charles). — *Cours de droit civil français. Etat et capacité des personnes*, t. II Paris Ed. de 1936, avec la collaboration de H. Batiffol.
- BÉZARD-FALGAS (J.). — *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, 3<sup>e</sup> éd. Paris 1924.
- BOISTEL (A.). — *Précis du Cours de droit commercial*. 1<sup>re</sup> éd. Paris 1884.
- BONNECASE (Julien). — *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de BaudryLacantinerie*, t. IV Paris 1935.
- BRISSAUD (Jean). — *Manuel d'histoire de droit privé*. Nouvelle édition publiée sous la direction de Jacques Brissaud. Paris 1935 et éd. de 1908.
- CENDRIER (Gaston). — *Le fonds de commerce. Traité général théorique et pratique avec formulaire et textes législatifs*. 6<sup>e</sup> éd. par Robert Martin et René Maus Paris 1934.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*. — 7<sup>e</sup> édition, t. I 1931 et III<sup>e</sup> tome 1931 avec Julliot de la Morandière, 8<sup>e</sup> éd. avec Julliot de la Morandière (1934-36).
- ESCARRA (Jean) avec la collaboration d'ESCARRA (E.) et RAULT (J.). — *Principes de droit commercial*, t. I Paris 1934.
- GÉNESTAL (Robert). — *Le mariage en droit canonique*, 2<sup>e</sup> éd. Paris 1929.



- GÉNY (François). — *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 2<sup>e</sup> tirage 1927-1930.
- HAMEL (Joseph). — *Banques et opérations de banque*, t. I Paris, 1933.
- HÉMARD (Joseph). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1926.
- HOUPIX et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations* (avec formules), t. I, 7<sup>e</sup> éd. Paris 1935.
- JOSSERAND (Louis). — *Cours de droit civil positif français*, t. I Paris 1932, t. III Paris 1930.
- LACOUR ET BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1924, pp. 66 et s., t. III, jurisprudence Paris, 1924 et 3<sup>e</sup> éd., Paris 1925, pp. 80 et s., t. I.
- LYON-CAEN (Ch.) ET RENAULT. — *Traité de droit commercial*, t. I et II, 5<sup>e</sup> éd. avec la collaboration d'André Amiaud, Paris 1921 et s.
- NAST (Marcel). — cf. Planiol et Ripert.
- NIROYET (J.-P.). — *Manuel de Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1928, pp. 210 et s. et supplément de 1928 à la 1<sup>re</sup> éd.
- *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, Paris, 1925.
- PIC (Paul). — *Des sociétés commerciales*. In *Traité général de droit commercial* d'Edmond Thaller, t. I, 2<sup>e</sup> éd. 1925.
- PIC (Paul) et BARATIN (F.). — *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2<sup>e</sup> éd. Paris 1929.
- PLANIOU (Marcel). — *Traité élémentaire de droit civil*, t. I et III. — 10<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> éd. par Georges Ripert, Paris, 1925 à 1931.
- PLANIOU (M.) ET RIPERT (G.). — *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1925 à 1934.

- Tome II. *La Famille*, par André Rouast ; Tomes VIII et IX. *Régimes matrimoniaux* par Marcel Nast.
- ROUAST (André). — cf. Planiol et Ripert.
- THALLER<sup>1</sup> (Edmond). — *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I. 8<sup>e</sup> éd. revue et mise à jour par J. Percerou, Paris, 1931.
- THALLER ET PIC. — cf. Pic (Paul).
- THALLER ET PERCEROU. — cf. Thaller (Edmond).

## B. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- ADAM (Léon). — *Note sur l'application de la loi du 13 juillet 1907 in Bulletin Sté législ. comp., année 1908-1909*, pp. 280 et s.
- AFTALION (Albert). — *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires* (Paix Rossi, 1897), Paris, 1899.
- *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée*, Paris, 1898.
- ALEXANDRE (Jean). — *Des modifications à apporter à l'autorité maritale*. Thèse Toulouse, 1934.
- BASSET (Alem). — *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*. Thèse Paris, 1924.
- BASSET (Henri). — *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale*. Thèse Paris, 1896.
- BÉRARD (Léon). — *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*. Thèse Paris, 1902 (Sur le régime de communauté, cf. introduction, pp. 1 et 2).
- BERNARD ET BONNECASE. — *La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 juillet 1907 in Revue trim. de droit civil, année 1910*, pp. 5 et s.
- BINET (Pierre). — *La femme dans le ménage*. Thèse, Nancy, 1904.

- Note au D. P., 1905.2.249.
- BOISTEL (A.). — *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté* in La Réforme sociale du 1<sup>er</sup> janvier 1902, pp. 48 et s.
- BOUCHER (Pierre). — *Etude critique de la législation relative aux biens réservés et à la contribution des époux aux charges du ménage*. Thèse, Paris, 1925.
- BRIDEL (Louis). — *Trois études sociales et juridiques : La réforme de la condition des femmes*. Droit matrimonial comparé. Tokio, 1905.
- BROCARD (L.). — *Le rôle de la famille dans l'économie nationale* in Le maintien et la défense de la famille par le droit, conférences faites par MM. les professeurs de la Faculté de Nancy. Paris, 1930.
- CALBAIRAC (Gaston). — *De la nationalité de la femme mariée*. Thèse Toulouse, 1926. Edition revue de 1929.
- CAPITANT (Henri). — *La thèse de doctorat en droit*. 3<sup>e</sup> éd. Bibliographie française et étrangère avec la collaboration du professeur Balogh, Paris, 1935.
- *Abolition de l'incapacité de la femme mariée* in Gazette Dalloz du 10 janvier 1924, pp. 1 et 2.
- *L'abolition de l'incapacité de la femme mariée* in D. II., 1932, chronique, pp. 97 à 101.
- CHARRIER (Edmée). — *L'évolution intellectuelle féminine*. Thèse Paris, 1931.
- CHÉNOT (André). — *Libre salaire de la femme mariée* (loi du 13 juillet 1907), Paris.
- CHÉRON (Albert). — *Etude sur l'adage « uxor non est propria socia sed speratur fore »*. Thèse Paris, 1901.
- DAVEAUX (Pierre). — *La femme et les contrats qu'elle passe pour les besoins du ménage*. Thèse Paris, 1908.
- DÉPINAY (J.). — *Application par la pratique notariale de la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire*, in

- Revue du notariat et de l'enregistrement, année 1908, n° 13.133, p. 81 et n° 13, 162 p. 161.
- DIANU (Nicolas). — *Essai sur les résultats pratiques de la loi de 1907*. Thèse Paris, 1913.
- DURAND (Abel). — *L'autorité maritale et les droits de l'épouse et de la mère en dehors des questions patrimoniales*. Thèse Paris, 1902.
- DURAND (Camille). — *Questions féministes. La situation personnelle de la femme en face de l'autorité maritale*. Thèse Dijon, 1903.
- Encyclique Quadragesimo Anno*. — Action populaire. Spes 1937, pp. 167 à 192.
- GALTIER (Jeanne). — *La femme dans le Code civil et depuis le Code civil*. Thèse Montpellier, 1934.
- GARTENBERG (Rica). — *Le fondement légal du mandat domestique de la femme mariée*. Thèse Paris 1935.
- GAUDEMET (Eugène). — *Femme commerçante*. Loi du 13 juillet 1907. In *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, p. 1037.
- GIDE (Paul). — *Etude sur la condition privée de la femme*. 2<sup>e</sup> éd. par Esmein, Paris, 1885.
- GOMPEL-NETTER (Didier). — *La conception moderne du domicile de la femme mariée en droit privé français*. Thèse Paris, 1937.
- GOUTTEPAGNON (Louis de). — *La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907*. Thèse Caen, 1913.
- GOUY (Claudius). — *Du mandat entre époux*. Thèse Dijon, 1902.
- GUIBAL (Paul). — *La femme mariée commerçante*. Thèse Montpellier, 1920.
- GUYON (Pierre). — *La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907*. Thèse Paris, 1910.
- GUYOT (Paul). — *L'activité économique de la femme mariée*

- et ses conséquences juridiques*. Thèse Dijon 1910.
- ISORÉ (André). — *De la situation de la femme en cas de non présence de son mari* in Rev. générale du droit, de la législ. et de la jurisprudence, année 1919, p. 92.
- IZAMBARD (L.-C.-L.). — *De la capacité professionnelle de la femme mariée*. Thèse Bordeaux 1907.
- JOSSERAND (Louis). — *L'avènement du concubinat* in D. H. 1932, chronique, pp. 45 à 51.
- JOUSSELIN. — *Rapport sur le régime matrimonial de droit commun en France* in Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit (1937) publiés par la Société d'études législatives.
- LALOU (Henri). — *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari depuis la loi du 13 juillet 1907*. Paris 1910.
- *Les lois imaginaires*. 3<sup>e</sup> éd. Paris 1935.
- *Les actions et parts nominatives de sociétés appartenant à des époux mariés sous le régime de la communauté légale*, in D. H. 1928, chronique, pp. 45 et s.
- *Les femmes mariées dans les sociétés anonymes*, in D. H. 1930, chronique, pp. 49 et s.
- Notes D. 1909.2.18, D. 1912.2.65, D. 1913.2.17, D. 1915.2.41.
- LAURIBAR (P. DE). — *Le Code de l'éternelle mineure*, Paris 1922.
- LECOMTE (André). — *Le mandat domestique de la femme mariée* in Revue critique de législation et de jurisprudence 1937, pp. 263 à 339 et 429 à 535.
- LEFEBVRE (Charles). — *La famille en France dans le droit et dans les mœurs*. Paris 1920.

- LE PAULMIER (E.). — *Protection légale des gains et biens réservés de la femme mariée et contribution obligatoire des époux aux charges du ménage.* Paris 1929.
- LE PLAY (Frédéric). — *L'organisation de la famille selon le vrai modèle.* Paris 1895.
- LEPOINTE (G.). — *La famille dans l'ancien droit.* Paris 1933.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *La famille et le Code civil in Le Code civil, livre du centenaire,* Paris 1904.
- LEYRIS (Jean). — *Des transformations apportées au régime matrimonial légal par le Projet de loi René Renoult:* Thèse Montpellier 1934.
- L'HUILLIER (Jean). — *L'émancipation patrimoniale de la femme mariée en France (de lege ferenda).* Thèse Grenoble 1920.
- LOCHE (René). — *De l'incapacité de la femme mariée en matière d'opérations de banque et de bourse. Etude de deux exceptions très importantes : 1° la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée ; 2° la femme commerçante in la Gazette des Prud'hommes et des Tribunaux de Commerce,* 15 avril 1937, pp. 89 à 93 et août-septembre 1937, pp. 209 à 211.
- LYON-CAEN (Léon). — *Notice et notes sur la loi du 13 juillet 1907 in Annuaire de législation française, année 1907,* pp. 180 et s.
- *Rapport à la Société d'Etudes législatives sur le régime matrimonial de droit commun in Bulletin Société d'études législatives* 1922, pp. 137 et s.
- MAGUET (Louis). — *La capacité de la femme mariée et les régimes matrimoniaux in Journal des notaires et des avocats,* 1932, p. 934.
- MARGAT (Raoul). — *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire.* Montpellier et Paris 1913.



- MAZEAUD (Léon). — *De la liquidation des sociétés entre époux* in *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1928, p. 391 à 313.
- MORIN (Pierre). — *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*. Thèse Caen 1908 (compre-nant l'étude de législations étrangères).
- MORIZOT-THIBAUT (Charles). — *De l'autorité maritale (étude critique du Code civil)*. Ouvrage couronné par l'Institut. Paris 1899.
- NAST (Marcel). — *Le projet de loi portant suppression de l'autorité maritale et de l'incapacité civile de la femme mariée*, in *Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement* année 1934, art. 23.701, pp. 1 à 10 et art. 23.719, pp. 49 à 63.
- Notes D. 1924.2.105, D. 1925.2.13, D. 1926.2.77, D. 1926.2.149, D. 1927.2.167.
- NETTER (Yvonne). — *L'indépendance de la femme mariée dans son activité professionnelle*, thèse Paris 1923.
- *Plaidoyer pour la femme française*. Paris 1936.
- PROJET RENÉ RENOULT. — *Projet de loi portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux*, présenté par M. René Renoult. J. O. Doc. parl. Sénat 1932, annexe n° 594, p. 947 et s. (Exposé des motifs).
- *Texte du projet* in *Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement*, année 1932, pp. 165 à 185.
- *Rapport fait au nom de la commission de législation civile et criminelle du Sénat* par M. René Renoult. J. O., Doc. parl. du Sénat, 1933, annexe n° 404.
- *Première délibération*, séance du 3 décembre 1936. J. O. 1936. Débats parl. du Sénat, p. 1549.

- *Première délibération*, séance du 8 décembre 1936. *J. O.* 1936. Débats parl. du Sénat, p. 1563.
  - *Rapport supplémentaire fait au nom de la commission de législation civile et criminelle du Sénat* par M. René Renoult *J. O.* 1937, Doc. parl. du Sénat, annexe n° 78.
  - *Deuxième délibération et adoption*. Séance du 19 mars 1937. *J. O.* 1937. Débats parl. du Sénat, pp. 346 à 353 et 355 à 362.
- Proposition de loi* de M. Portmann relative à la création d'un livret de capacité civile des femmes. *J. O.* 1937. Débats parl. du Sénat, p. 127, n° 10.
- RIGAUD (Louis). — *Les Droits de la femme*, dans la collection : La Française et la loi du xx<sup>e</sup> siècle. Paris 1927.
- RIPERT (Georges). — *Le régime matrimonial de Droit commun. Rapport général* in Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit (1937) publiés par la Société d'Et. législ.
- ROMIER (Lucien). — *Promotion de la femme*. Paris 1930.
- ROUAST (André). — *Rapport présenté au nom de la commission chargée d'étudier la suppression de l'incapacité de la femme mariée* in Bulletin de la Société d'études législatives 1934, pp. 81 et s.
- SAVATIER (René). — *L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens* in D. H. 1935, chronique pp. 25 à 29.
- *L'évolution du régime de la séparation de biens* in Revue critique de législation et de jurisprudence 1937, pp. 48 à 68.
  - *Puissance maritale* in Revue critique de législation et de jurisprudence 1936, pp. 206-227.
- SERTILLANGES (A.-D.). — *Féminisme et christianisme*, 6<sup>e</sup> éd. Paris 1930.

- STUART MILL (John). — *L'assujettissement des femmes*.  
Trad. par Cazelles, Paris 1869.
- THIBAudeau. — *Mémoires sur le Consulat (1799 à 1804)*.  
Paris 1827.
- TRASBOT (André). — *L'acte d'administration en droit privé français*. Thèse Bordeaux 1921.
- TURGEON (Charles). — *Le féminisme français*. Paris 1902.
- VALÉRY (Jules). — *Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907*, in *Annales de droit commercial*, année 1907, pp. 396 et s.
- VEAUX (André). — *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*.  
Thèse Rennes 1925.
- VÉRONE (Maria). — *La femme et la loi*. Paris 1930.
- VIALLETON (Henri). — *L'autorité maritale sur la personne de la femme*. Thèse Montpellier 1919.
- VIGNANCOUR (Pierre). — *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux*. Thèse Paris 1928.
- WEIL (Jules). — *L'exploitation d'un fonds de commerce par la femme mariée sous le régime de la communauté*. Thèse Strasbourg 1931.
- YVER (Colette). — *L'Eglise et la femme*. Paris 1934.

#### C. — REVUES ET RECUEILS VARIÉS

- Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*.
- Annuaire de législation française*, publié par la Société de législation comparée.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives*.
- DALLOZ. — *Recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine (D. ou D. P.)*.
- *Recueil hebdomadaire de jurisprudence (D. H.)*,  
*Etudes*, *Revue catholique d'intérêt général*.

*La Française.*

*Gazette du Palais.*

*Journal des sociétés civiles et commerciales.*

*Juris-classeur civil.*

*Nouveau Code de commerce annoté Dalloz.*

*Recueil de jurisprudence de Marseille.*

*La Réforme Sociale.*

*Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement (Répertoire Defrénois).*

*Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de Dalloz avec supplément.*

*Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine, par J. P. Niboyet avec la collaboration de nombreux spécialistes. Paris 1925.*

*Revue critique de législation et de jurisprudence.*

*Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger.*

*Revue politique et parlementaire.*

*Revue trimestrielle de droit civil.*

SIREY. — *Recueil général des lois et des arrêts.*

*Vocabulaire juridique, rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes, sous la direction de H. Capitant. Paris 1930-34.*

### III. — Droit Allemand

#### A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

ACHILLES-GREIFF. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 12<sup>e</sup> éd. Berlin 1927.

BUCHWALD (Bruno). — *Technik des Bankbetriebes*, 9<sup>e</sup> éd. Berlin 1931.

*Code civil allemand*, traduit et annoté par MM. Bufnoir,

- Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann, Saleilles, Paris 1898.
- COSACK (Konrad). — *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*.
- CROME (Carl). — *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. IV, Tubingue et Leipzig, 1900-12.
- DERNBURG (Heinrich). — *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. T. IV Deutsches Familienrecht*, 2<sup>e</sup> éd. Halle 1903.
- DURINGER-HACHENBURG (M.). — *Das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 6<sup>e</sup> éd. avec collaborateurs (en particulier Flechtheim), Mannheim 1930.
- EHRENBERG (Victor). — *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, avec collaborateurs, entre autres Glitsch (Heinrich) et Pisko (Oskar), t. II, Leipzig 1918.
- ENDEMANN (Friedr.). — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, 2.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t. II, 2<sup>e</sup> partie : *Das Familienrecht* de KIPP (Theodor) et WOLFF (Martin), 6. Bearbeitung, Marburg 1928.
- FLECHTHEIM. — Cf. DURINGER-HACHENBURG.
- GAUPP-STEIN-JONAS. — *Kommentar zur Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. November 1933*, 15<sup>e</sup> éd., Tubingue 1933-1934.
- GIERKE (Julius v.). — *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin 1929.
- GIERKE (Otto). — *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*, Berlin 1896.  
*Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889.
- GLITSCH (Heinrich). — Cf. EHRENBERG, t. II,

LEHMANN (Heinrich). — *Familienrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin 1926.

LEHMANN (K.) u. RING (V.). — *Das Handelsgesetzbuch*. 2° éd. T. I et II. Berlin 1913-14.

LOEWENWARTER (Viktor), — *Wegweiser durch das BGB.*, Berlin 1929.

MAAS (G.) et MAGNUS (J.). — *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, Berlin et Leipzig 1929.

MITTEIS (Heinrich). — *Bürgerliches Recht. Familienrecht*. 3° éd. refondue, Berlin 1931.

*Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. T. IV. Berlin et Leipzig 1888.

MULLER-ERZBACH (Rudolf). — *Deutsches Handelsrecht*, 2° et 3° éd. Tubingue 1928.

MUNK (Marie). — *Recht und Rechtsverfolgung im Familienrecht*, Berlin 1929.

NEUSTADT (Maximilian). — *Kritische Studien zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, t. I, Berlin 1907.

NUSSBAUM (Arthur). — *Bank-und Börsenrecht*, Berlin et Leipzig 1927.

OBERNECK (Hermann). — *Das Notariatsrecht*, 8° à 10° éd. Berlin 1929.

OBST (Georg). — *Geld Bank und Börsenwesen*, Stuttgart, 1933.

OPET et v. BLUME. — *Das Familienrecht des BGB.*, Berlin 1906.

(PLANCK) UNZNER. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. IV, Berlin et Leipzig 1928 et la 3° éd. par Planck seul 1906.

ROSENBERG (Leo). — *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 3° éd. Berlin 1931.



- SALEILLES (Raymond). — *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris 1904.
- *Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts*, trad. de Leonhard, Breslau 1905.
- *La condition juridique de la femme dans le nouveau code civil allemand*, in *Réforme Sociale* 1901, t. II, pp. 717 à 745.
- SCHÖNFELDER (Heinrich). — *Deutsche Reichsgesetze*, 7° éd. Berlin et Munich 1937.
- SCHWARTZ (Gustav). — *Das Recht der Staatsangehörigkeit in Deutschland und im Ausland seit 1914*, Berlin 1925.
- SOERGEL (H.-T.). — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 4° éd. Berlin 1929.
- STAUB (Hermann). — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12° à 13° éd. t. I avec la collaboration de Bondi (Felix), Berlin et Leipzig 1926-27 et aussi Staub seul éd. 1900.
- STAUDINGER (J. v.). — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. IV, 1<sup>re</sup> partie *Familienrecht* (Engelmann), 9° éd. Munich et Berlin 1926.
- STEIN-JONAS. — Cf. GAUPP-STEIN-JONAS.
- TUHR (Andreas v.). — *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* 1910-1918.
- ULLMANN. — *Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland*, 2° éd. Berlin 1903.
- Verhandlungen des Reichstags. Stenographische Berichte*, 9° législature, 4° Session, 1895-98.
- VOGELS. — *Kommentar zum Reichserbhofgesetz*, 2° éd. Berlin 1934.
- WARNEYER (Otto). — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, 2° éd. Tubingue 1930.
- *Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts-Systematische Auswahl*, Berlin et Leipzig 1936.

- WIELAND (Carl). — *Handelsrecht*, t. I, 1921.  
WIERUSZOWSKI (A.). — *Handbuch des Eherechts*, Düsseldorf, t. I, 1900 et t. II, 1904.  
WOLFF (Martin). — Cf. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF.

## B. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- BAER (Albert). — *Die Haftung der vermögenden Ehefrau für den vermögenslosen Ehemann in Rechtsfragen der Praxis*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Halle, Leipzig, Berlin, 1931.  
BEBEL (Auguste). — *La femme dans le passé, le présent et l'avenir*. Trad. par Ravé (H.), Paris 1891.  
BREIT (James). — *Die Geschäftsfähigkeit*. Leipzig 1903.  
BUTTERWEGGE (Karl). — *Die Ehefrau im Reichserbhoftsrecht*. Würzburg 1935.  
HARTENSTEIN (Hans). — *Handelsfrau in RvglHW.* t. IV, pp. 156 à 161.  
HAUFF (Lilly). — *Die Entwicklung der Frauenberufe in den letzten drei Jahrzehnten*, Berlin, 1911.  
HEINSHEIMER. — *Handels-und Wechselrecht*, 3<sup>e</sup> éd. Berlin 1930.  
HÜRLE (Georg). — *Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig 1907.  
— *Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353 bis, 1361 BGB.*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, t. 31 Berlin 1908.  
JOERGES (Rudolf). — *Die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrem Begriffe, in ihren Gestaltungen und in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen*. Halle 1912.  
JOSEF (Eugen). — *Die Ausschliessung der Schlüsselgewalt*

- im Licht der Praxis*, in *Das Recht*, 10 juin 1908.
- *Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Frau* in *ArchZivPrax.*, t. 118, p. 390, année 1920.
- KIESER (Wolfgang). — *Vorbehaltsgut und selbständiges Erwerbsgeschäft der Frau*, Thèse Erlangen, Munich 1935.
- KUHL (Agnes). — *Das Eingreifen des Gerichts in die Stellung der Ehegatten*, Thèse Marburg 1927.
- LANGE (Helene). — *Die Frauenbewegung in ihren gegenwärtigen Problemen*, 3<sup>e</sup> éd. Leipzig 1924.
- LILIENTHAL (FRANZ V.). — *Das Kündigungsrecht des Ehemannes aus § 1358 BGB.*, in *Leonhards Studien*, 1908.
- LYON-CAEN (Léon). — *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Thèse Paris 1903.
- *Etude sur la situation de la femme mariée quant aux biens en Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 1907-08, p. 77.
- MATTHIAS. — *Vorbehaltsgut und selbständiges Erwerbsgeschäft der Frau*, thèse Greifswald 1931.
- MITTEIS (Heinrich). — *Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts « Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben »*, t. III, p. 211 et s., Berlin 1929.
- OEKINGHAUS (Emma). — *Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau*. Iéna 1925.
- OPPIKOFER. — *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tubingue 1927.
- RABEL (Ernst). — *Ausbau oder Verwischung des Systems ? Zwei praktische Fragen. A... B. Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Ehefrau*, in *Rheinische Zeitschrift für Zivil-und Prozess-*

- recht, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1919, p. 112.
- SCHEFOLD. — *Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau* in ArchZivPrax., t. 91, pp. 142 et s. Tubingue et Leipzig, 1901.
- SENCKPIEHL. — *Zum Begriff der Verfügung im Sinne des § 1395 BGB.* in « Das Recht » 1907, p. 1390.
- SIMON (Arthur). — *Die Ehefrau als Handelsfrau unter besonderer Berücksichtigung der verschiedenen Güterstände und des Konkurses*, thèse Heidelberg 1908.
- SIMON (Hans). — *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem Recht des BGB.*, thèse Leipzig 1908.
- SONTAG. — *Der Geschäftsverkehr der Bankiers mit Ehefrauen in Bank-Archiv*, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, 2<sup>e</sup> année (1902-03), Frankfurt a/M., 2 p. 136.
- THIELE. — *Studien zum ehelichen Güterrecht : das Erwerbsgeschäft der Frau im gesetzlichen Güterstande*, ArchZivPrax. pp. 307 et s. t. 101.
- TUHR (Andreas v.). — *Zum Begriff der Verfügung nach BGB.*, in ArchZivPrax, t. 117, p. 193.
- ULLMANN. — *Die Ehefrau als Kommanditistin. Ist der Kommanditist Kaufmann*, in Leipziger Zeitschrift für Handels, Konkurs, und Versicherungsrecht 1907, col. 472 et s., 561 et s.
- Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags* (Heidelberg 1924), Berlin et Leipzig 1925.
- Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages* (Lübeck), t. 1, 2<sup>e</sup> livraison, Berlin et Leipzig 1930.
- WEBER (Marianne). — *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, Tubingue 1907.
- WIERS. — *Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau*. Thèse Leipzig 1931.
- WIMMER (Hans-Herbert). — *Schutz des Geschäftsverkehrs gegen unbekannte Verfügungsbeschränkungen*, in

- Zeitgemässe Bankrechtsfragen, Festgabe der Rechtsabteilung der Disconto-Gesellschaft zum 70. Geburtstage des Herrn Dr. Jur. Arthur Salomonsohn, Berlin et Leipzig 1929, colonnes 204 à 220.
- WOLFF (Martin). — *Über einige Grundbegriffe des Handelsrechtes*, in Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Otto Gierke zum Doktor Jubiläum 21 August 1910, t. II, pp. 115 et s. Breslau 1910.
- WRONKER (Ilse). — *Die materiellrechtliche Stellung der erwerbstätigen Ehefrau nach dem gesetzlichen Güterrecht*, thèse Leipzig 1933.

#### C. — OUVRAGES RELATIFS AU NATIONAL-SOCIALISME

- Beiträge zur Neugestaltung des deutschen Rechts*, in Festgabe der Fakultät Marburg zum 70. Geburtstag des Professors Erich Jung Marburg 1937.
- BONNARD (Roger). — *Le droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris 1936.
- BRUNSCHWIG (Henri). — *Le Régime national-socialiste* (en collaboration avec Henri Jourdan), in Encyclopédie française, t. X, l'Etat moderne, pp. 1086-6 à 16 et 1086, 19 à 1086-23.
- DIEHL (Guida). — *Die deutsche Frau und der National-Sozialismus*, 2<sup>e</sup> éd. Eisenach 1933.
- Encyclique « Mit brennender Sorge »* de Sa Sainteté le Pape Pie XI sur la situation de l'Eglise catholique dans l'Empire allemand (14 mars 1937).
- FRANK (Hans). — *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Munich 1935.
- FROBENIUS (Else). — *Die Frau im Dritten Reich*, Berlin.
- GUNTHER (Hans). — *Rassenkunde des deutschen Volkes*, Munich 1934.
- HERMANT (Max). — *Idoles allemandes*, Paris 1935.

- HITLER (Adolf). — *Mein Kampf*, t. I et II, Munich 1934.  
 — *Mon Combat*, trad. par J. Gaudéfroy-Demombynes et A. Calmettes, Paris 1934.
- JOURDAN (Henri). — *Le Régime national-socialiste* (en collaboration avec Henri Brunschwig), in *Encyclopédie française*, t. X, l'Etat moderne, pp. 1086-1 à 6 et 1086-17 à 19.
- LAGARDE (Paul de). — *Deutscher Glaube, deutsches Vaterland, deutsche Bildung*, Iéna.
- LALOIRE (Marcel). — *Nouvelle Allemagne. Réformes sociales et économiques*. Paris 1935.
- LAPORTE (Henri). — *L'Allemagne hitlérienne* in *Que se passe-t-il dans le monde ?* Paris 1935.
- LICHTENBERGER (Henri). — *L'Allemagne nouvelle*, Paris 1936.
- MOELLER VAN DEN BRUCK (Arthur). — *Das dritte Reich*, Berlin 1926.  
*Nationalsozialistisches Frauenbuch* von ELLEN SEMMELROTH und RENATE VON STIEDA, Munich.
- ROSENBERG (Arthur). — *Der Mythos des 20. Jahrhunderts. Eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*, 5<sup>e</sup> éd. Munich 1933.
- SCHEID (O.). — *L'esprit du III<sup>e</sup> Reich*. Paris 1936.
- STUCKARDT-GLOBKE. — *Kommentar zur Rassengesetzgebung*, Munich 1936.
- TIMOROUENOS. — *La robe brune*, Paris 1936.
- VERMEIL (Edmond). — *L'Allemagne du Congrès de Vienne à la Révolution hitlérienne*, Paris 1934.

#### D. — RECUEILS ET PÉRIODIQUES VARIÉS

*Archiv für bürgerliches Recht.*  
*Archiv für die Zivilistische Praxis.*  
*Bank-Archiv.*



- Deutsche Juristenzeitung.*  
*Deutsche Justiz.*  
*Deutsches Recht.*  
*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.*  
*Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.*  
*Frau (Die).*  
*Frauenkultur im Deutschen Frauenwerk.*  
*Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.*  
*Höchststrichterliche Rechtsprechung.*  
*Jahrbuch des Deutschen Rechtes.*  
*Juristische Wochenschrift.*  
*Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.*  
*Recht (Das).*  
*Reichsgesetzblatt.*  
*Rheinische Zeitschrift für Zivil-und Prozessrecht.*  
*Seuffert, Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte*  
*in den deutschen Staaten.*  
*Soergels Rechtsprechnung.*  
*Völkischer Beobachter.*  
*Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem*  
*Gebiete des Zivilrechts.*  
*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.*  
*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.*

#### IV. — Droits étrangers

##### I. — OUVRAGES RELATIFS A PLUSIEURS PAYS

- BOUDON-BRICARD (M<sup>me</sup> Gabrielle). — *Suppression de l'incapacité de la femme mariée dans les pays latins, thèse Paris 1935.*  
 BOURBOUSSON (Edouard). — *Du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde. Paris 1934.*

— *Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde*. Paris 1931.

GUYOT (Paul). — Cf. *Droit français*, ouvrages spéciaux.

MORIN (Pierre). — Cf. *Droit français*, ouvrages spéciaux.

## 2. — ANGLETERRE

ALLEMÈS (Frédéric). — *Le Régime matrimonial en droit anglais* in Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit (1937), publiés par la Société d'Etudes législatives.

BERTHEAC (Jules). — *De la capacité de la femme anglaise*, thèse Paris 1902.

CHÉRON (André). — *La femme mariée anglaise en Angleterre et en France*, thèse Paris 1906.

DELOISON (Serge). — *De la capacité de la femme mariée anglaise*, thèse Paris 1921.

## 3. — BELGIQUE

CISELET (Georgette). — *La femme, ses droits, ses devoirs et ses revendications*, Bruxelles 1930.

PASINOMIE. — 5<sup>e</sup> série, n<sup>o</sup> 23. Année 1932. Loi du 20 juillet 1932 portant modification des droits et devoirs respectifs des époux, p. 253.

## 4. — ESPAGNE

BESOMBES (Amédée). — *Condition juridique de la femme mariée espagnole*, thèse Toulouse 1927.

## 5. — ITALIE

CAPITANT (Henri). — *Notice sur la loi du 17 juillet 1919, n<sup>o</sup> 1176, édictant des dispositions relatives à*

- l'incapacité juridique de la femme en Italie*, in *Annuaire de législation étrangère* 1920, pp. 64 et s.
- GOLIN (André). — *La famille dans la législation italienne*, thèse Paris 1931.
- LOMBROSO (Gina). — *La femme dans la société actuelle*. Trad. par François Le Hénaff, Paris 1929.
- STOLFI (Nicola). — *L'autorizzazione maritale* in *Diritto civile*, t. V. pp. 800 et s., Turin 1921.

#### 6. — ROUMANIE

- BARZANESCO (Marguerite). — *La capacité juridique de la femme mariée en Roumanie*, thèse Paris 1936.
- POPESCO-RAMNICEANO. — *L'abolition de l'incapacité de la femme mariée en Roumanie*, in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1933, pp. 186 et s.

#### 7. — SUÈDE

- RÉAU (Roger). — *Les lois suédoises sur le mariage traduites en français avec la collaboration de Gustav Forsiuss et Robert Martin*, Paris 1925.
- UPPSTRÖM (W.). — *Notice sur la législation suédoise sur le mariage* in *Annuaire de législation étrangère*, Paris 1921.

#### 8. — SUISSE

- ADAM (Léon). — *Etude sur le nouveau Code civil suisse et la situation de la femme mariée en Suisse*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 1908-1909, pp. 80 à 106, avec observations de MM. Massigli et Saleilles, pp. 147 à 161.
- Arrêts du Tribunal Fédéral.*

- BARTHOLMÈSS (François). — *De la condition de la femme mariée sous le régime du Code civil suisse du 10 déc. 1907* (Titres V et VI du Code), thèse Genève 1918.
- DEFAGO (Victor). — *La condition juridique de la femme mariée, en droit civil valaisan et en droit civil suisse*, thèse Berne, Monthey, 1926.
- RÖSSEL ET MENTHA. — *Manuel du droit civil suisse*, t. I, Lausanne, Genève 1922.
- SCHULIZ (Karl). — *Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach zürcherischem Recht und nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch*, Zurich 1908.

#### 9. — U. R. S. S.

- DOLIVO (de). — *Le mariage en droit soviétique*, Paris 1936.
- ISWOLSKY (Hélène). — *Femmes soviétiques*, Paris 1937.

#### 10. — AMÉRIQUE LATINE

- CHAMPCOMMUNAL (J.). — *La condition des époux au Mexique*, in Bulletin de la Société de législation comparée, 1933, pp. 331 et s.
- COLMO (A.). — *La mujer en el derecho civil argentino*, Buenos-Aires, 1930.
- COSENTINI (F.). — *Declaracion de los derechos y obligaciones civiles de la mujer*, Mexico 1930.
- LA VEGA (José Gabriel del). — *Capacité de la femme mariée dans le droit de l'Amérique latine*, thèse Paris 1933.
- ROGER ET COLMO. — *Capacité de la femme mariée en Argentine*, in Bulletin de la Société de législation comparée, 1933, pp. 222 et s.



## TABLE DES MATIÈRES

|                                        |   |
|----------------------------------------|---|
| LISTE DES ABRÉVIATIONS EMPLOYÉES ..... | 3 |
| INTRODUCTION .....                     | 7 |

### PREMIÈRE PARTIE

#### Généralités doctrinales

#### Evolution durant le XX<sup>e</sup> siècle

#### Situation de la femme mariée dans la pratique (en dehors de l'exercice d'une profession)

### TITRE PREMIER

#### GENERALITES DOCTRINALES

#### ET EVOLUTION DURANT LE XX<sup>e</sup> SIECLE

|                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE PREMIER. — CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES .....                                                              | 19 |
| CHAPITRE II. — ETAT COMPARATIF DES SITUATIONS RESPECTIVES DES FEMMES MARIÉES ALLEMANDES ET FRANÇAISES EN 1903 ..... | 23 |
| SECTION I. — <i>Capacité personnelle</i> .....                                                                      | 24 |
| a) Pouvoir de décision du mari. — Nationalité, nom, domicile, lectures,                                             |    |



|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| correspondance et relations de la<br>femme, autorité parentale. — Travail<br>dans les affaires du mari..... | 24 |
| b) mandat domestique .....                                                                                  | 29 |
| c) liberté du travail .... ..                                                                               | 32 |
| SECTION II. — <i>Capacité patrimoniale et pouvoirs.</i>                                                     | 36 |
| I. — Capacité patrimoniale .....                                                                            | 41 |
| A. — Capacité de la femme à l'égard du<br>mari .....                                                        | 41 |
| B. — Capacité de la femme à l'égard des<br>tiers .....                                                      | 43 |
| a) actes judiciaires .....                                                                                  | 42 |
| actes permis à la femme mariée dans<br>nos deux pays .....                                                  | 43 |
| actes possibles à la femme allemande<br>et impossibles à la femme française.                                | 43 |
| b) actes extra-judiciaires .....                                                                            | 44 |
| α) actes possibles à la femme mariée dans nos<br>deux pays .....                                            | 44 |
| 1° les dispositions à cause de mort..                                                                       | 44 |
| 2° obligations légales et spécialement<br>délictuelles .....                                                | 44 |
| 3° épargne .....                                                                                            | 45 |
| 4° pouvoir ménager .....                                                                                    | 45 |
| 5° divers .....                                                                                             | 45 |
| β) actes possibles aux femmes allemandes<br>et impossibles aux femmes françaises....                        | 46 |
| 1° aliénations .....                                                                                        | 47 |
| 2° ventes .....                                                                                             | 47 |
| 3° acquisitions .....                                                                                       | 47 |

|                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4° questions successorales .....                                                                                                        | 47 |
| 5° obligations conventionnelles et engagements unilatéraux .....                                                                        | 48 |
| C. — Conclusion .....                                                                                                                   | 49 |
| II. — Pouvoirs de la femme mariée sous les divers régimes matrimoniaux .....                                                            | 50 |
| A. — Economie générale des régimes matrimoniaux allemands .....                                                                         | 50 |
| a) le régime légal .....                                                                                                                | 51 |
| b) autres régimes .....                                                                                                                 | 55 |
| B. — Effets généraux des régimes matrimoniaux français et allemands relativement à la capacité et aux pouvoirs de la femme mariée ..... | 56 |
| 1° Effets restrictifs .....                                                                                                             | 56 |
| 2° Effets extensifs .....                                                                                                               | 57 |
| C. — Pouvoirs de la femme mariée sous les divers régimes matrimoniaux.....                                                              | 60 |
| a) actes d'aliénation et de disposition....                                                                                             | 60 |
| b) obligations .....                                                                                                                    | 63 |
| a) obligations délictuelles ou légales.....                                                                                             | 64 |
| β) obligations conventionnelles et engagements unilatéraux .....                                                                        | 65 |
| c) actes judiciaires .....                                                                                                              | 68 |
| a) femme défenderesse (Passivprozesse).....                                                                                             | 69 |
| β) femme demanderesse (Aktivprozesse).....                                                                                              | 69 |
| D. — Cas où l'extension de la capacité ou des pouvoirs de la femme mariée provient de causes extérieures au régime .....                | 71 |

|                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a) le mari ne peut ou ne veut donner son consentement .....                                                                                             | 71 |
| b) exercice d'une profession par la femme .....                                                                                                         | 73 |
| E. — Conclusion sur les pouvoirs ....                                                                                                                   | 76 |
| SECTION III. — <i>Conclusion sur l'état comparatif en 1903. — Effets voisins mais tout de même différents des systèmes allemands et français.</i> ..... | 77 |
| CHAPITRE III. — LOIS POSTÉRIEURES A 1903.                                                                                                               |    |
| SECTION I. — <i>En France</i> .....                                                                                                                     | 85 |
| A. — Loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée .....                                                                               | 85 |
| B. — Loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable .....                                                                                  | 87 |
| C. — Loi du 20 mars 1917 sur l'exercice de la tutelle par la femme .....                                                                                | 87 |
| D. — Loi du 12 mars 1920 relative à l'adhésion aux syndicats .....                                                                                      | 88 |
| E. — Loi de finances du 28 décembre 1922 relative à certaines pensions .....                                                                            | 88 |
| F. — Loi du 10 août 1927 sur la nationalité.                                                                                                            | 88 |
| SECTION II. — <i>En Allemagne</i> .....                                                                                                                 | 89 |
| A. — Lois antérieures au 30 janvier 1933.                                                                                                               | 89 |
| a) Loi du 23 juillet 1913 sur la nationalité.                                                                                                           | 89 |
| b) Constitution de Weimar du 11 août 1919. ....                                                                                                         | 90 |
| c) Loi sur l'éducation religieuse des enfants du 15 juillet 1921 .....                                                                                  | 90 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) Loi du 9 juillet 1922 sur la protection de l'enfance .....                                    | 91  |
| <sup>9</sup> B. — Lois postérieures au 30 janvier 1933. ....                                     | 95  |
| 1° Le National-Socialisme .....                                                                  | 95  |
| 2° Influence du National-Socialisme sur le droit. — Le racisme .....                             | 97  |
| 3°) La Réforme du droit privé .....                                                              | 100 |
| 4° Les lois positives .....                                                                      | 102 |
| a) Loi du 14 juillet 1933 sur la stérilisation .....                                             | 102 |
| b) Loi du 29 septembre 1933 sur les domaines héréditaires .....                                  | 103 |
| c) Loi du 14 février relative à la suppression de l'appartenance aux divers pays Länders .....   | 103 |
| d) Lois de Nuremberg du 15 septembre 1935 sur le racisme .....                                   | 103 |
| e) Loi du 18 octobre 1935 .....                                                                  | 104 |
| f) Vie professionnelle (Règlementation de l'exercice d'une profession par la femme mariée) ..... | 104 |
| SECTION III. — <i>Conclusion</i> .....                                                           | 110 |
| CHAPITRE IV. — EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE ...                                                   | 112 |
| SECTION I. — <i>En France</i> .....                                                              | 112 |
| a) Nature juridique du mandat domestique .....                                                   | 112 |
| b) Conditions d'existence .....                                                                  | 115 |
| c) Droit direct de poursuite contre la femme .....                                               | 118 |
| d) Conclusion .....                                                                              | 120 |

|                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION II. — <i>En Allemagne</i> .....                                                                                                                               | 120 |
| A. — Evolution antérieure au 30 janvier<br>1933. Jurisprudence du Reichsgericht....                                                                                   | 120 |
| B. — Evolution postérieure au 30 janvier<br>1933. La conception nationale-socialiste de<br>l'interprétation du droit .....                                            | 122 |
| <br>TITRE II<br><br>                                                                                                                                                  |     |
| SITUATION COMPARÉE DES FEMMES MARIÉES<br>ALLEMANDES ET FRANÇAISES<br>ABSTRACTION FAITE DE L'EXERCICE D'UNE PROFESSION<br>ILLUSTRATION PAR QUELQUES EXEMPLES PRATIQUES |     |
| CHAPITRE PREMIER. — CONSIDÉRATIONS PRÉLIMI-<br>NAIRES .....                                                                                                           | 125 |
| CHAPITRE II. — EFFETS INITIAUX DU MARIAGE .....                                                                                                                       | 127 |
| SECTION I. — <i>Nationalité de la femme mariée et<br/>        passeports</i> .....                                                                                    | 127 |
| a) Nationalité .....                                                                                                                                                  | 127 |
| b) Passeports .....                                                                                                                                                   | 131 |
| SECTION II. — <i>Nom et domicile de la femme mariée</i>                                                                                                               | 133 |
| a) Nom de la femme mariée .....                                                                                                                                       | 132 |
| b) Domicile de la femme mariée .....                                                                                                                                  | 133 |
| CHAPITRE III. — DIRECTION DU MÉNAGE .....                                                                                                                             | 136 |
| SECTION I. — <i>Prééminence du mari</i> .....                                                                                                                         | 136 |

|                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION II. — <i>Pouvoir ménager</i> .....                                                                                           | 139 |
| § 1. — Contenu du pouvoir ménager .....                                                                                              | 139 |
| A. — Achats .....                                                                                                                    | 140 |
| B. — Ventes .....                                                                                                                    | 141 |
| C. — Louages .....                                                                                                                   | 142 |
| D. — Opérations à crédit .....                                                                                                       | 144 |
| E. — Emprunts .....                                                                                                                  | 145 |
| F. — Consultations de médecins .....                                                                                                 | 146 |
| G. — Baux d'immeubles .....                                                                                                          | 146 |
| H. — Donations .....                                                                                                                 | 146 |
| § 2. — Etendue du pouvoir ménager .....                                                                                              | 146 |
| § 3. — Effets du pouvoir ménager .....                                                                                               | 149 |
| A. — Effets entre époux .....                                                                                                        | 149 |
| B. — Effets à l'égard des tiers .....                                                                                                | 151 |
| C. — Engagement personnel de l'épouse..                                                                                              | 153 |
| D. — Responsabilité de la femme qui a agi<br>dans les limites du pouvoir domestique,<br>lorsque le mari est insolvable .....         | 155 |
| § 4. — Responsabilité du fait des actes de la<br>femme qui dépassent en nature et en éten-<br>due son droit de gérer le ménage ..... | 160 |
| A. — Responsabilité du mari .....                                                                                                    | 160 |
| B. — Responsabilité de la femme .....                                                                                                | 163 |
| § 5. — Retrait et limitation du pouvoir ménager                                                                                      | 165 |
| a) A qui le mari doit-il signifier la déclara-<br>tion du retrait .....                                                              | 165 |
| b) Effets du retrait .....                                                                                                           | 167 |
| SECTION III. — <i>Conclusion sur la direction du<br/>      ménage</i> .....                                                          | 168 |



## CHAPITRE IV. — GESTION DU PATRIMOINE ..... 171

SECTION I. — *Actes divers et relations variées avec les tiers* ..... 171

- a) Baux ..... 172
- b) Abonnement au téléphone ..... 173
- c) Relations avec les notaires ..... 173
- d) Actes de disposition ..... 174

SECTION II. — *Relations de la femme mariée avec les banques et les caisses d'épargne* ..... 175

## A. — OPÉRATIONS DE BANQUE PROPREMENT DITES ..... 176

## 1° Ouverture d'un compte en banque.. 176

- a) Femme mariée sous un régime reconnaissant des droits au mari (régimes communautaires) ..... 181
- α) Ouverture du compte ..... 181
- β) Fonctionnement du compte ..... 183
  - b) Femme mariée sous un régime séparatiste ..... 187
    - α) Ouverture du compte ..... 187
    - β) Fonctionnement du compte ..... 189
      - c) Femme commerçante ou exerçant une profession distincte ..... 191
        - α) Ouverture du compte ..... 191
        - β) Fonctionnement du compte ..... 195
          - d) Femme mariée étrangère ..... 196
          - e) Femme mariée dans les départements recouverts ..... 197

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| f) Les comptes-joints .....                                              | 199 |
| g) Vue d'ensemble et critique .....                                      | 200 |
| 2° Opérations diverses .....                                             | 205 |
| a) Location d'un coffre .....                                            | 205 |
| b) Avances sur titres .....                                              | 206 |
| B. — MOUVEMENTS DE TITRES .....                                          | 207 |
| C. — CAISSES D'ÉPARGNE .....                                             | 209 |
| SECTION II. — <i>Conclusion sur la gestion du patri-<br/>moine</i> ..... | 210 |

## DEUXIÈME PARTIE

L'exercice d'une profession par la femme mariée  
La profession en général - La femme commerçante

### TITRE PREMIER

#### LA PROFESSION EN GÉNÉRAL

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE PREMIER. — PRINCIPES GÉNÉRAUX .....                                         | 215 |
| CHAPITRE II. — CONDITIONS AUXQUELLES LA FEMME<br>PEUT AVOIR DES BIENS RÉSERVÉS ..... | 221 |
| SECTION I. — Travail lucratif .....                                                  | 221 |
| SECTION II. — Profession distincte de celle du mari .....                            | 225 |
| SECTION III. — Droit de contrôle du mari .....                                       | 231 |
| SECTION IV. — Contrôle des tribunaux .....                                           | 242 |

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — La femme veut embrasser une profession malgré le refus du mari.                        |     |
| I. — <i>En Allemagne</i> .....                                                                | 242 |
| II. — <i>En France</i> .....                                                                  | 244 |
| 1° Doctrine .....                                                                             | 244 |
| A. — Solutions radicales .....                                                                | 244 |
| a) Arguments de texte .....                                                                   | 245 |
| b) Arguments d'ordre moral .....                                                              | 245 |
| B. — Solutions transactionnelles .....                                                        | 246 |
| C. — Influence de la loi de 1907 .....                                                        | 247 |
| 2° Jurisprudence .....                                                                        | 249 |
| III. — <i>Etat comperatif</i> .....                                                           | 251 |
| § 2. — La femme ayant embrassé une profession désire passer outre à l'opposition du mari .... | 253 |
| § 3. — Sanctions auxquelles conduit l'intervention de la justice .....                        | 257 |
| CHAPITRE III. — COMPOSITION DU PATRIMOINE RÉSERVÉ                                             | 262 |
| SECTION I. — <i>Eléments actifs</i> .....                                                     | 262 |
| a) Produits du travail et accessoires ....                                                    | 263 |
| b) Indemnités .....                                                                           | 265 |
| c) Economies et acquêts .....                                                                 | 269 |
| SECTION II. — <i>Eléments passifs</i> .....                                                   | 270 |
| a) Dettes de la femme .....                                                                   | 271 |
| b) Dettes du mari .....                                                                       | 272 |
| CHAPITRE IV. — CAPACITÉ DE LA FEMME QUI EXERCE UNE PROFESSION .....                           | 274 |

|                                                                           |         |
|---------------------------------------------------------------------------|---------|
| A. — Administration, jouissance et placements .....                       | 279     |
| B. — Aliénation à titre onéreux et constitution de droits réels .....     | 279     |
| C. — Contrats .....                                                       | 279     |
| D. — Actions en justice .....                                             | 280     |
| E. — Aliénations à titre gratuit .....                                    | 281     |
| <br>CHAPITRE V. — POUVOIRS DE LA FEMME QUI EXERCE<br>UNE PROFESSION ..... | <br>284 |
| A. — Absence de consentement du mari ..                                   | 284     |
| B. — Consentement du mari .....                                           | 285     |
| C. — Retrait de pouvoirs .....                                            | 287     |

## TITRE II

## LA FEMME COMMERÇANTE

|                                                                                                                                                  |         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| CHAPITRE PREMIER. — PARTICULARITÉS DE LA SITUATION DE LA FEMME COMMERÇANTE ET CONDITIONS AUXQUELLES S'ACQUIERT CETTE QUALITÉ .....               | 291     |
| <br>SECTION I. — <i>Le statut de la femme exerçant une profession est-il conciliable avec le statut antérieur de la femme commerçante.</i> ..... | <br>292 |
| <br>SECTION II. — <i>A quelles conditions une femme mariée acquiert-elle la qualité de commerçante</i> ...                                       | <br>293 |
| A. — Consentement du mari .....                                                                                                                  | 294     |
| B. — Commerce séparé .....                                                                                                                       | 295     |

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE II. — CAPACITÉ DE LA FEMME COMMERÇANTE                                                                                                    | 300 |
| SECTION I. — <i>La femme commerçante célibataire jouit-elle des mêmes droits que l'homme ?</i> ....                                                | 300 |
| a) Juridictions commerciales .....                                                                                                                 | 300 |
| b) Accès aux bourses .....                                                                                                                         | 303 |
| c) Engagement cambiaire .....                                                                                                                      | 303 |
| SECTION II. — <i>Capacité d'ester en justice</i> .....                                                                                             | 304 |
| SECTION III. — <i>Capacité de faire partie d'une société</i>                                                                                       | 310 |
| § 1. — Société entre époux .....                                                                                                                   | 310 |
| § 2. — Société avec les tiers .....                                                                                                                | 316 |
| A. — En France .....                                                                                                                               | 317 |
| B. — En Allemagne .....                                                                                                                            | 319 |
| a) Femme associée indéfiniment responsable .....                                                                                                   | 321 |
| b) Femme commanditaire ou actionnaire                                                                                                              | 324 |
| CHAPITRE III. — NATURE JURIDIQUE DES BÉNÉFICES DE LA FEMME COMMERÇANTE ET DE SON FONDS DE COMMERCE .....                                           | 326 |
| SECTION I. — <i>Nature des bénéfices</i> .....                                                                                                     | 326 |
| SECTION II. — <i>Nature juridique du fonds de commerce exploité par la femme et sort des apports de la femme allemande affectés au fonds</i> ..... | 330 |
| § 1. — Nature juridique du fonds .....                                                                                                             | 330 |
| A. — L'exploitation tout entière a été constituée avec des biens réservés .....                                                                    | 332 |

|                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. — La femme dirige l'exploitation avec des ressources étrangères .....                                                                                                                                                          | 333 |
| C. — La femme exploite avec ses biens non réservés ou avec les biens du mari ou de la communauté .....                                                                                                                            | 334 |
| a) Situations diverses en France .....                                                                                                                                                                                            | 334 |
| b) Cas où la femme allemande exploite le fonds avec ses biens d'apport. Doctrine. Jurisprudence. Théorie du Professeur M. Wolff. Thèses Wronker et Kieser. Espèce récente du Reichsgericht (17 janvier 1930). Droit comparé ..... | 335 |
| § 2. — Sort des biens d'apport affectés au fonds de commerce de la femme allemande. Théorie de la subrogation réelle de M. Lyon-Caen. Théorie des Motifs, Planck, Hörle, Glitsch. Théorie de M. M. Wolff. Jurisprudence .....     | 346 |
| CHAPITRE IV. — DROITS DE LA FEMME SUR LE FONDS.                                                                                                                                                                                   | 356 |
| A. — Absence de consentement du mari à l'exercice d'une profession .....                                                                                                                                                          | 357 |
| B. — Consentement du mari à l'exercice de la profession .....                                                                                                                                                                     | 357 |
| a) En France .....                                                                                                                                                                                                                | 358 |
| b) En Allemagne .....                                                                                                                                                                                                             | 361 |
| c) Droit comparé .....                                                                                                                                                                                                            | 363 |
| CHAPITRE V. — CONSIDÉRATIONS FINALES .....                                                                                                                                                                                        | 364 |
| CONCLUSION .....                                                                                                                                                                                                                  | 367 |



## ANNEXES

|                                                                                                                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ANNEXE A. — Statistiques des contrats de mariage conclus en Bavière (Munich seulement et toute la Bavière) et pour une partie de Berlin (Berlin Mitte) .....                                                                       | 387 |
| ANNEXE B. — Statistique des mariages et contrats de mariage conclus en Wurtemberg .....                                                                                                                                            | 389 |
| ANNEXE C. — Autorisation maritale (formules 1 et 2) .....                                                                                                                                                                          | 390 |
| ANNEXE D. — Autorisation maritale pour l'ouverture d'un compte en banque et pour son fonctionnement (formule 3, types 1, 2 et 3) .....                                                                                             | 391 |
| ANNEXE E. — Compte-joint pour lequel les époux ne peuvent faire d'actes de disposition qu'ensemble (formule 4, Allemagne). Autorisation maritale pour l'ouverture d'un compte à une femme commerçante (formule 5, Allemagne) ..... | 392 |
| ANNEXE F. — Formule 6. Autorisation maritale dans nos départements recouvrés .....                                                                                                                                                 | 393 |
| BIBLIOGRAPHIE .....                                                                                                                                                                                                                | 395 |





